

DER BEGRIFF UNTERNEHMEN IM GWB

Inaugural - Dissertation

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei dem

Fachbereich Rechtswissenschaft

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Lutz Langer

aus Holzminden

Berlin 1978



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DER BEGRIFF UNTERNEHMEN IM GWB

INAUGURAL - DISSERTATION

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
bei dem
Fachbereich Rechtswissenschaft
der
Freien Universität Berlin

vorgelegt von
Lutz Langer
aus Holzminden

Berlin 1978



Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. Franz - Jürgen Säcker
Zweitgutachter: Prof. Dr. Dieter Heckelmann
Tag der mündlichen Prüfung: 1. Dezember 1978

Inhaltsverzeichnis

Seite

Einleitung

1. Teil:

<u>Unternehmensbegriffe außerhalb des GWB als mögliche Anknüpfungspunkte</u>	1
--	---

I. Unternehmen als "allgemeiner Rechtsbe- griff"	1
---	---

II. Der Unternehmensbegriff in der Kartell- verordnung und in den alliierten Dekar- tellierungsbestimmungen	7
---	---

III. Die Untauglichkeit des wirtschaftswissen- schaftlichen Unternehmensbegriffs für die Gesetzesauslegung	11
--	----

2. Teil:

<u>Von der Funktionalität zur Funktionslosigkeit des Unternehmensbegriffs</u>	16
---	----

I. Die Funktionalität des Unternehmensbe- griffs als Ausgangspunkt	16
---	----

1. Die möglichen "Ausstrahlungen" des Unternehmensbegriffs	16
---	----

2. Die Ableitung eines funktionalen Ver- ständnisses aus dem GWB	18
---	----

3. Funktionalität als ausschließlich hand- lungsbezogener Begriff	20
--	----

4. Die Übernahme des funktionalen Unter- nehmensbegriffs in Literatur und Praxis	21
--	----

	Seite
II. Freiheits- und Drittschutz des GWB als maßgeblicher Gesichtspunkt einer Begriffsbestimmung	24
1. Individual- und/oder Institutionsschutz	24
2. Zielkonflikte zwischen Freiheitsschutz und Wohlstandsoptimierung	27
3. Der Drittschutzcharakter des GWB am Beispiel des Kartellverbots	31
III. Rechtliche Selbständigkeit	35
1. Unternehmen als rechtlicher Zurechnungsträger	35
2. Die Einbeziehung nichtrechtsfähiger Personengesellschaften	36
IV. Wirtschaftliche Selbständigkeit	40
1. Die Behandlung konzerninterner Wettbewerbsbeschränkungen	40
a) Lösungsversuche über den Unternehmensbegriff	40
aa) "Gespaltener Unternehmensbegriff" für die Konzerntöchter	41
bb) Der Konzern als Unternehmen	43
cc) Die Konzernspitze als rechtlicher Zurechnungsträger aller Konzernhandlungen	44
dd) Das Unternehmen als Rechteinheit in den §§ 22 ff.	46
b) Lösungsansatz mit Hilfe des Wettbewerbsbegriffs	48

	Seite
2. Die Abgrenzung zwischen Fusion und Kartell	52
a) Die Untauglichkeit eines isolierten Selbständigkeitsbegriffs	52
b) "Wettbewerbsbeschränkung" und "Wettbewerbsausschluß" als Abgrenzungskriterien	54
c) Das Konkurrenzverhältnis zwischen § 1 und § 23	57
V. Die unternehmensbegründenden Handlungen	62
1. Die Teilnahme am Geschäftsverkehr	62
2. Die Teilnahme am Markt für Waren und gewerbliche Leistungen	65
a) Die bisherige Praxis	65
b) Systematische und teleologische Bedenken	68
3. Das Verhältnis von Marktteilnahme und Kartelltatbestand	70
a) Vergangene Marktteilnahme	71
b) Gegenwärtige (akute) Marktteilnahme	72
aa) Einzelfallbetrachtung	72
bb) Bedenken gegen eine generelle Betrachtungsweise	73
(a) Widerspruch zum funktionalen Ansatz	74
(b) Notwendigkeit eines "zweistufigen" Unternehmensbegriffs	76
(c) Die "Indizfunktion" bisheriger Marktteilnahme	79

	Seite
c) Kartellschluß als Vorbereitung zu- künftiger Markthandlungen	81
(a) Unternehmenseigenschaft und Zeitpunkt des Kartell- schlusses	82
(b) "Künftige" Unternehmen	84
d) "Potentielles" Unternehmen	86
(a) Die "Gasglühkörper" - Entscheidung als Aus- gangspunkt	86
(b) "Potentieller" Wettbewerb ohne aktuelle Marktteil- nahme	88
(c) Identität zukünftiger und potentieller Marktteil- nahme	90
(d) Untauglichkeit eines Wahr- scheinlichkeitsmaßstabs	91
4. Marktteilnahme außerhalb des Kartell- tatbestandes	94
a) Vertikale Wettbewerbsbeschrän- kungen	95
b) Das Unternehmen als Behandlungs- objekt in den §§ 25 Abs. 2 und 3, 26 Abs. 1	97
c) Die Bedeutungslosigkeit eigener Marktbezugshandlungen	100
d) Die "Ärztchammer" -Entscheidun- genals Beispiel	102
5. Die Bedeutung der Tatbestandsverwirk- lichung für den Unternehmensbegriff am Beispiel der §§ 1 und 22	105
a) Kritik bisheriger Rückschlüsse	106
b) Eigener Ansatz und Ergebnis	108

	Seite
3. Teil:	
<u>Einzelfälle zur Vertiefung und Kontrolle</u>	110
I. Verbraucher bzw. private Haushalte	110
1. Die Widersprüchlichkeit der bisherigen Praxis	111
2. Zweischneidigkeit einer "Freistellung" privater Haushalte	114
3. Bestimmung des Verbraucherbegriffs im GWB	117
4. Die Einbeziehung des Verbrauchers in den möglichen Wortsinn des Unternehmens	119
5. Verbraucher als Nur-Nachfrager	123
a) Die Gleichrangigkeit von Anbieter- und Nachfragewettbewerb	124
b) Nachfrage als aktive Marktteilnahme	125
c) Die Unerheblichkeit späterer Weiterveräußerung	125
d) Die These von der Unfähigkeit privater Haushalte zur Durchführung kartellrechtswidriger Maßnahmen	127
aa) Methodische Kritik	128
bb) Enge Märkte als praktisches Gegenbeispiel	131
cc) Kritik der generellen Betrachtungsweise	132

	Seite
6. Untauglichkeit eines Erheblichkeits- maßstabes	133
a) Die Auktion als Beispiel für Nach- fragewettbewerb unter Verbrau- chern	134
b) Gebotsabsprachen und notwendiger Individualschutz	136
7. Die Bedeutung optimaler Verbraucher- versorgung für den Anwendungsbereich des GWB	138
a) Konsequenzen eines derart ver- kürzten Gesetzeszwecks	139
b) Identität von Schutzobjekt und Normadressat	141
8. Die mangelnde Aussagekraft der Ge- setzesmaterialien für eine "Frei- stellung" der Verbraucher	142
a) Die parlamentarische Beratung	142
b) Die vorparlamentarischen Entwürfe	145
c) Zwischenergebnis	148
9. Verwendungshäufigkeit und Abgren- zungsfunktion des Unternehmensbegriffs	149
a) Kritik des Überflüssigkeitsargu- ments	150
b) Der Sonderfall der Empfehlungs- verbote	152
c) Das Fehlen des Unternehmensbe- griffs in §§ 20, 21	154
10. Private Haushalte als Gelegenheitsan- bieter	157

	Seite
11. Individualschutz als Verbraucherschutz	159
a) Notwendigkeit eines verstärkten Individualschutzes	161
b) Individualschutz und Unternehmens- begriff	163
c) Individualschutz und Verbandsklage	167
12. Die kartellrechtliche Behandlung der Verbraucherverbände	170
a) Verbraucherinformation	170
b) Einkaufskooperationen	173
13. Ergebnis	176
II. Die freien Berufe	178
1. Die endgültige Einbeziehung durch die Rechtsprechung	179
2. Abweichende Auffassungen in der älteren Literatur	181
3. Konkurrenz von Kartell- und Standes- recht	183
III. Die Arbeitnehmer	187
1. Arbeitnehmer als Unternehmen im Sinne des GWB	188
2. Die Untauglichkeit des Arbeitnehmerbe- griffs zur Abgrenzung von Arbeits- und Kartellrecht	191

	Seite
a) Die Funktionslosigkeit eines funktionalen Arbeitnehmerbegriffs	192
b) Arbeitnehmerbegriff und Art. 9 Abs. 3 GG	195
c) Überschneidungen zwischen Arbeits- und Gütermarkt	197
 IV. Die Abwandlung des Unternehmensbegriffs in der Fusionskontrolle	 203
1. Das Unternehmen als Verfügungsgegenstand	204
2. Die sprachliche Aufspaltung von Unternehmen und Unternehmensträger	204
3. Die Notwendigkeit einer generellen Betrachtungsweise	207
4. Potentielle Unternehmen als Träger potentiellen Markteinflusses	209
5. Die notwendige Unternehmenseigenschaft von Handelsgesellschaften	211
6. Vermögenserwerb als Zusammenschluß zweier Unternehmen	213
a) Die Beteiligung am Zusammenschluß gemäß § 23 Abs. 2 Ziff. 1	215
aa) Materielle Gleichrangigkeit von Anteils- und Vermögenserwerb	215
bb) Die Ausgestaltung der Zusammenschlußtatbestände als Fiktion	217
cc) Die Behandlung der "Markteinflußträger" als Unternehmen	218

	Seite
dd) Der Sonderfall des "privaten" Veräußerers	221
b) Vermögen und wesentliche Vermögensteile als Unternehmen	222
aa) Die generelle Unmaßgeblichkeit einer quantitativen Betrachtungsweise	223
bb) Anlage oder Eignung zur Marktteilnahme als Kennzeichen potentieller Unternehmen	226
c) Zwischenergebnis	230
7. Anteilseigner als Unternehmen	231
a) Die mittelbare Marktbeeinflussung	232
aa) Zusammenschluß durch Gewinn von Herrschaftsmacht	234
bb) Gesellschaftereinfluß ohne Beherrschungsmöglichkeit	235
b) Die Bedeutung der "Flick -Klausel"	237
aa) Die Klarstellungsfunktion	237
bb) Das Verhältnis zur Verbundklausel des § 23 Abs. 1 Satz 2	239
cc) Analogieschluß für Minderheitsgesellschafter	243
8. Der Unternehmensbegriff der Verbundklausel	244
a) Ergebnis	245

	Seite
V. Die öffentliche Hand	246
1. Privatrechtliche Handlungen öffentlicher Rechtsträger	248
2. Öffentlich-rechtliche Leistungsbeziehungen	250
3. Zur Trennung von Leistungsbeziehung und Wettbewerbsverhältnis	253
4. Die Gesetzeskonkurrenz als Lösungsansatz	256
5. Die öffentliche Hand in der Fusionskontrolle	259
Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	262

Literaturverzeichnis

- | | |
|--|---|
| Bache, Wolfgang | Wettbewerbsvereinbarungen in freien Berufen,
in: NJW 1971, S. 126 ff. |
| Badura, Peter | Das Verwaltungsmonopol,
1963 |
| Ballerstedt, Kurt | Kartellverbot und Einzelvertrag,
in: JZ 1956, S. 267 ff. |
| ders. | Unternehmen und Wirtschaftsverfassung,
in: JZ 1951, S. 486 ff. |
| ders. | Was ist Unternehmensrecht?,
in: Festschrift für Konrad Duden,
1977, S. 15 ff. |
| Bartholomeyczik, Horst | Rechtsfragen des Konzernrabatts bei der Werbung,
in: Recht im Wandel, Festschrift
Hundertfünfzig Jahre Carl Heymanns
Verlag, 1965, S. 307 ff. |
| Bauer, Johann Paul | Wettbewerbsbeschränkungen auf dem Arbeitsmarkt?,
in: Festschrift für Ludwig Schnorr
von Carolsfeld zum 70. Geburtstag
26. Januar 1973, S. 1 ff.
(zit.: Schnorr-Festschrift) |
| Baumbach, Adolf/
Wolfgang Hefermehl | Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht,
8. Aufl., 1960 (zit.: Baumbach/
Hefermehl, 8. Aufl.),
11. Aufl., 1974, Bd. I, Wettbewerbsrecht
(zit. Baumbach/Hefermehl) |
| Baur, Jürgen F. | Das Tatbestandsmerkmal "Wettbewerb",
in: ZHR 134 (1970), S. 97 ff. |
| Bechtold, Rainer | Marktbeherrschung, Preiskontrolle,
Fusionskontrolle,
in: DB 1974, S. 1945 ff. |

- Bechtold, Rainer Schwerpunkte der 4. GWB Novelle,
in: BB 1978, S. 565 ff.
- Belke, Rolf Die vertikalen Wettbewerbsbeschrän-
kungsverbote nach der Kartellgesetz-
novelle 1973, Teil 1, Grundlagen
in: ZHR 138 (1974), S. 227 ff.
- Benisch, Werner Kartellrecht und Schutz der indivi-
duellen Freiheit,
in: WuW 1961, S. 764 ff.
- ders. Kooperationsfibel,
4. Aufl., 1973
- ders. Die kartellfreie Kooperation nach
der GWB Novelle 1973,
in: WuW 1974, S. 69 ff.
- Benkendorff, Gerhard Freie Berufe und Kartellgesetz,
in: WuW 1956, S. 20 ff.
- Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses
Schriftlicher Bericht des Ausschusses
für Wirtschaftspolitik über den Ent-
wurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbs-
beschränkungen, zu BT-Drucks. II/
3644, abgedr. in GK, 1. Aufl.,
S. 1156 ff.
- Beste, Theodor Die Entflechtung der Eisen schaffenden
Industrie,
1949 (zit.: Beste)
- Bettermann, Karl A. Anm. zu BGHZ 66, 229 ff.,
in: DVBl. 1977, S. 180 ff.
- ders. Gewerbefreiheit der öffentlichen Hand,
in: Berliner Festschrift für Ernst E.
Hirsch, 1968, S. 1 ff.
- Beuthien, Volker Einkaufsgenossenschaften und Kartell-
verbot,
in: DB 1977, Beilage Nr. 5 (zu Heft
Nr. 18 v. 6. Mai 1977)

- Buchner, Herbert Die Bedeutung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb für den deliktsrechtlichen Unternehmensschutz, 1971 (zit.: Unternehmensschutz)
- ders. Besprechung der Schriften von Mathys und Vaubel, in: ZHR 134 (1970), S. 165 ff.
- Bundeskartellamt Sammlung der parlamentarischen und ministeriellen Materialien zum GWB, (zit.: BKartA Materialien)
- Bundesverband der freien Berufe Denkschrift zum GWB, vom 25. 11. 1952, zitiert nach der auszugswweisen Wiedergabe in: WuW 1953, S. 174
- Callmann, Rudolf Das deutsche Kartellrecht, 1934
- Clodius, Gernot Die Mißbrauchsbestimmungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen als Schutzgesetze, Diss. Göttingen, 1968
- Coing, Helmut Wirtschaftswissenschaften und Rechtswissenschaften, in: Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, 1964, S. 1 ff. (zit.: Verhältnis)
- Cramer, Horst H. Die Wettbewerbsverbote von Handelsvertretern und ihre kartellrechtliche Beurteilung, 1972
- Dahm, Georg Deutsches Recht, 2. Aufl., 1963

- | | |
|--|---|
| Däubler, Wolfgang | Das Arbeitsrecht. Von der Kinderarbeit zur Betriebsverfassung. Ein Leitfaden für Arbeitnehmer, 1976 (zit.: Arbeitsrecht) |
| ders. | Das Grundrecht auf Mitbestimmung und seine Realisierung durch tarifvertragliche Begründung von Beteiligungsrechten, 1973 (zit.: Grundrecht) |
| Deringer, Arved/
Hansjürgen Herrmann | Konzernmäßige Zusammenschlüsse und das Kartellverbot des GWB, in: BB 1966, S. 1157 ff. |
| Dietz, Rolf/
Reinhard Richardi | Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnungen, 5. Aufl., 1973 (zit.: Dietz/Richardi) |
| Dörinkel, Wolfram | Zur kartellpolitischen Lage in der Bundesrepublik, in: WuW 1966, S. 933 ff. |
| Ebel, Hans-Rudolf | Beteiligte Unternehmen und wesentlicher Vermögensteil bei Zusammenschlüssen nach § 23 Abs. 2 Nr. 1 GWB, in: DB 1976, S. 761 ff. |
| ders. | Der Zusammenschlußbegriff der Fusionskontrolle, in: BB 1974, S. 749 ff. |
| ders. | Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1. Teil, in: NJW 1973, S. 1577 ff. |
| Eder, Karl/
Karl Berg/
Bert Tillmann/
Dieter Gaul | Handbuch der GmbH, Bd. I, 7. Aufl., 1969/77 |
| Emmerich, Volker/
Wolfgang Gansweid | Torsosyndikate und Kartellverbot - BGH, NJW 1975, S. 1837, in: JuS 1976, S. 432 ff. |

- | | |
|--|--|
| Emmerich, Volker | Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum GWB,
in: ZHR 139 (1975), S. 476 ff. |
| ders. | Die öffentliche Unternehmung im deutschen Konzern - und Wettbewerbsrecht,
in: AG 1976, S. 225 ff. |
| ders. | Fusionskontrolle und überragende Marktstellung unter besonderer Berücksichtigung der Unternehmenskonzentration bei der öffentlichen Hand,
in: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag, 1975, S. 119 ff.
(zit.: Zweite Böhm-Festschrift) |
| ders. | Wettbewerbsrecht,
2. Aufl., 1976 |
| ders. | Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen,
1969 (zit.: Wirtschaftsrecht) |
| Enneccerus, Ludwig/
Hans Carl Nipperdey | Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,
15. Aufl., 1. Halbbd., 1959 |
| Erlinghagen, Peter | Zur Verwendbarkeit wirtschaftswissenschaftlicher Theorien als Beweismittel im Kartellverfahren,
in: Hartmann-Festschrift, S. 95 ff.,
siehe Börner, Bode
(zit.: Hartmann-Festschrift) |
| Fabricius, Fritz | Relativität der Rechtsfähigkeit.
Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des privaten Personenrechts,
1963 |
| Fechner, Erich | Das wirtschaftliche Unternehmen in der Rechtswissenschaft,
Heft 7 der Antrittsvorlesungen der Universität Bonn, 1942
(zit.: Unternehmen) |

- | | |
|---------------------------------|---|
| Fikentscher, Wolfgang | Anm. zu BGH "Gasglühkörper",
WuW/E BGH 365 - 368,
in: WuW 1960, S. 343 ff. |
| ders. | Die Interessengemeinschaft,
1966 |
| ders. | Die vertikale Preisempfehlung,
1960 |
| ders. | Neuere Entwicklungen der Theorie
zum Tatbestandsmerkmal der Wett-
bewerbsbeschränkungen in § 1 GWB,
in: WuW 1961, S. 788 ff. |
| ders. | Wettbewerb und gewerblicher Rechts-
schutz,
1958 (zit.: Wettbewerb) |
| Fleischmann, Eugen | Die freien Berufe im Rechtsstaat,
1970 |
| Forsthoff, Ernst | Der Staat als Auftraggeber. Unter
besonderer Berücksichtigung des
Bauauftragswesens,
1963 |
| Frankfurter Kommentar | Kommentar zum Gesetz gegen Wett-
bewerbsbeschränkungen,
1958/72 |
| Friesen, Juliane Freiin von | Probleme der Nachfragemacht und
Möglichkeiten einer effektiven Kon-
trolle,
in: DB 1978, Beilage 6 (zu Heft
Nr. 12 vom 23. März 1978) |
| Funck, Gerhard | Konzerneinheit und Kartellverbot,
Diss. Heidelberg, 1964 |
| Gamm, Otto-Friedrich
FnR. v. | Das Kartellrecht der EWG,
2. Aufl., 1969 |
| Gansweid, Wolfgang | Gemeinsame Tochtergesellschaften
im deutschen Konzern- und Wett-
bewerbsrecht,
1976 |

- Ganten, Hans Erlaubter "Preiskampf" unter Architekten?,
in: ZHR 139 (1975), S. 401 ff.
- Geisbüsch, Hans Georg Die organisierte Nachfrage. Organisation und Strategie marktbeeinflussender oder marktbeherrschender Nachfrager,
1964 (zit.: Nachfrager)
- Gelhausen, Reinhard Die staatlich gebundenen Berufe und das Kartellgesetz,
Diss. Göttingen, 1973
- Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz von Fabricius/Kraft/Thiele/Wiese,
1975
- Gerold, Wilhelm/
Herbert Schmidt Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte,
6. Aufl., 1977
- Gierke, Julius v./
Otto Sandrock Handels- und Wirtschaftsrecht,
Bd. 1, Allgemeine Grundlagen - Der Kaufmann und sein Unternehmen,
9. Aufl., 1975
- Gierke, Julius v. Das Handelsunternehmen,
in: ZHR 111 (1948), S. 1 ff.
- Giesecke, Paul Die rechtliche Bedeutung des Unternehmens,
in: Festschrift für Ernst Heymann,
Bd. 2, 1940, S. 112 ff.
(zit.: Heymann-Festschrift)
- Götz, Heinrich/
Harald Rieger Das Verhältnis von Kartell- und Konzernrecht,
in: JuS 1968, S. 393 ff.
- Goll, Hans Verbraucherschutz im Kartellrecht,
in: GRUR 1976, S. 486 ff.
- Gottwald, Peter Class Actions auf Leistung von Schadensersatz nach amerikanischem Vorbild im deutschen Zivilprozeß?,
in: ZZP 91 (1978), S. 1 ff.

- Grandpierre, Walter Wettbewerbsbeschränkungen zwischen verbundenen Unternehmen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen,
Diss. Marburg, 1972
(zit.: Grandpierre)
- Greuner, Hansgeorg Zu den Begriffen "wesentlicher Teil" und "beteiligtes Unternehmen" bei der Fusionskontrolle (§ 23 GWB),
in: GRUR 1976, S. 284 ff.
- Grimm, Jacob und Wilhelm Deutsches Wörterbuch,
11. Bd., III Abteilung, bearb. von Karl Eubing, 1936
- Großfeld, Bernhard/
Harald Stümpell Genossenschaften, Kartellgesetz und Mittelstandsempfehlung,
1976 (zit.: Genossenschaften)
- Grützner, Winfried Projektgemeinschaften ohne Fusionskontrolle,
in: WuW 1978, S. 193 ff.
- Grupp, Klaus Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand unter dem Grundgesetz,
in: ZHR 140 (1976), S. 367 ff.
- Günther, Eberhard Die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe im GWB,
in: Hartmann-Festschrift, S. 123 ff.
siehe Börner, Bodo
(zit.: Hartmann-Festschrift)
- ders. Einkaufsvereinigungen und Kartellgesetzentwurf,
in: MA 1957, S. 35 ff.
- Haberkorn, Kurt Können konzernmäßige Zusammenschlüsse unter § 1 GWB fallen?,
in: WRP 1967, S. 39 ff.
- ders. Der Unternehmensbegriff in den Vorschriften über Wettbewerbsbeschränkungen,
in: GRUR 1962, S. 449 ff.

- Hahn, Helmuth v. Gemeinschaftsunternehmen zwischen
Zusammenschlußkontrolle und Kar-
tellverbot,
in: Schwerpunkte des Kartellrechts
1974/75, S. 57 ff.
(zit.: Schwerpunkte 1974/75)
- Handelsgesetzbuch Großkommentar, Bd. I,
3. Aufl., 1967
(zit.: Verf. in Großkommentar
zum HGB)
- Harms, Wolfgang Gebührenwettbewerb unter Architek-
ten und Rechtsanwälten? Zur An-
wendung des GWB auf Freie Berufe,
in: NJW 1976, S. 1289 ff.
- ders. Konzerne im Recht der Wettbewerbs-
beschränkungen,
1968 (zit.: Harms)
- Hefermehl, Wolfgang Anm. zum Urteil des BGH vom
19. September 1974 "Wartungsver-
trag",
in: GRUR 1976, S. 327 ff.
- ders. Informationsverträge und Kartell-
recht,
in: Hefermehl/Huber/Seidenfus,
Kooperative Marktinformation,
1967, S. 5 ff. (zit.: Marktinformation)
- Hendriks, Birger Arbeitsrechtliche Vereinbarungen
und Kartellrecht,
Diss. Hamburg, 1976
- ders. Die kartellrechtliche Zulässigkeit
von Streikhilfeabkommen,
in: ZHR 141 (1977), S. 1 ff.
- Herrning, Hans-Walter Der Unternehmensbegriff im
Aktiengesetz vom 6. 9. 1965,
Diss. Hamburg, 1970
- Herzog, B. Sind die Genossenschaften zur Ver-
wertung musikalischer Aufführungs-
rechte Kartelle?,
in: Kartellrundschau 1930, S. 20 ff.

- | | |
|---------------------------------------|--|
| Huber, Ulrich | Zur kartellrechtlichen Problematik der Zusammenfassung von Konzernunternehmen unter einer einheitlichen Leitung im Sinn des § 18 AktG,
in: ZHR 131 (1968), S. 193 ff. |
| Hueck, Alfred/
Hans Carl Nipperdey | Lehrbuch des Arbeitsrechts,
1. Bd. von A. Hueck,
7. Aufl., 1963 |
| Isay, Rudolf/
S. Tschierschky | Kartellverordnung,
2. unveränderte Aufl., 1930 |
| Isay, Rudolf | Das Recht am Unternehmen,
1910 |
| Jäger, Carl Hellmut | Fluktuation und Rechtsordnung,
in: WRP 1961, S. 142 ff. |
| Kahrs, Werner | Zivilrechtliche Ansprüche auf Grund einer Verletzung des Diskriminierungsverbots,
1965 |
| Kartte, Wolfgang | Zur Auslegung des § 1 GWB:
Kartelle - Zusammenschlüssen - Gemeinschaftsunternehmen,
in: WuW 1963, S. 567 ff. |
| Kirchstein, Friedrich | Marktmacht und ihre Kontrolle nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen,
1974 (zit.: Kirchstein) |
| Klaue, Siegfried | Unternehmenszusammenschlüsse nach § 23 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen mit und zwischen ausländischen Unternehmen,
Diss. Mainz, 1967 |
| ders. | Wettbewerbsverbote und § 1 GWB,
in: WuW 1961, S. 323 ff. |

- | | |
|---------------------------------------|---|
| Kleim, Hans-Helmut | Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften im Verhältnis zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1966 (zit.: Kleim) |
| Klein, Hans H. | Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, 1968 |
| Kleinmann, Werner/
Rainer Bechtold | Kommentar zur Fusionskontrolle, 1977 |
| Kleinmann, Werner | Anm. zum Beschluß des KG WuW/E OLG "Zementmahanlage", in: BB 1975, S. 244 f. |
| Knöpfle, Robert | Der Rechtsbegriff "Wettbewerb" und die Realität des Wirtschaftslebens, 1966 (zit.: Wettbewerb) |
| Koch, Eckart | Kartellverbot und Fusionskontrolle nach der zweiten Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: WiR 1974, S. 29 ff. |
| ders. | Schadensersatz bei unerlaubten wettbewerbsbeschränkenden Handlungen nach deutschem und europäischem Recht, 1968 |
| Köhler, Helmut | Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, 1977 (zit.: Wettbewerbsbeschränkungen) |
| Köhler, Herbert W. | "Betrieb" und "Unternehmen" in wirtschaftsverfassungsrechtlicher Sicht, in: JZ 1953, S. 713 ff. |
| Köhler, Karl-Heinz v. | Behördenkonkurrenz im Kartellrecht, in: DVBl. 1964, S. 214 ff. |
| ders. | Zur Abgrenzung des § 98 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: DVBl. 1961, S. 605 ff. |

- Kölner Kommentar zum Aktiengesetz,
bearbeitet von Kurt H. Biedenkopf
u.a., Bd. 1, 1. Lieferung, 1970
- Koenigs, Folkmar Wechselwirkungen zwischen Gesetz
gegen Wettbewerbsbeschränkungen
und Recht des unlauteren Wettbewerbs,
in: NJW 1961, S. 1041 ff.
- Koppensteiner, Hans-Georg Unternehmensgemeinschaften im
Konzerngesellschaftsrecht,
in: ZHR 131 (1968), S. 289 ff.
- ders. Wirtschaftsrecht, Inhalts- und
funktionsbezogene Überlegungen zu
einer umstrittenen Kategorie,
in: Rechtstheorie 1973, S. 1 ff.
- Korsch, Eva Hildegard Der Begriff des Unternehmens
insbesondere im Wettbewerbsrecht,
Diss. Heidelberg, 1939
- Kracht, Fr. Verstoßen Bietungsabkommen gegen
das GWB?,
in: NJW 1958, S. 491 ff.
- Kraft, Alfons/
Günther Hönn Streikhilfeabkommen im Schnittpunkt
von Kartell- und Arbeitsrecht,
in: ZHR 141 (1977), S. 230 ff.
- Kreis, Helmut Ausschließlichkeitsbindungen in
Tankstellenverträgen,
in: BB 1967, S. 942 ff.
- Kroitzsch, Hermann Der Erwerb eines wesentlichen Ver-
mögensteils im Sinne des § 23
Abs. 2 Nr. 1 GWB,
in: WuW 1977, S. 235 ff.
- Kronstein, Heinrich "Cartels" under the new German
Cartel Statute,
in: Vanderbilt Law Review 11 (1958),
S. 271 ff.
- Kunze, Otto Unternehmensverband und Unterneh-
mensrecht,
in: Festschrift für Konrad Duden,
1977, S. 201 ff.

- | | |
|---------------------|--|
| Langen, Eugen | Kommentar zum Kartellgesetz,
4. Aufl., 1965-67 |
| Lanzenberger, Fritz | Fusionskontrolle durch das Bundes-
kartellamt,
in: Auslegungsfragen zur Zweiten
GWB Novelle, 1974, S. 75 ff.
(zit.: Auslegungsfragen) |
| ders. | Rechtsfragen der Fusionskontrolle,
in: Schwerpunkte des Kartellrechts
1973/74, 1975, S. 29 ff.
(zit.: Schwerpunkte 1973/74) |
| ders. | Praxis der Fusionskontrolle 1975/76,
in: Schwerpunkte des Kartellrechts
1975/76, 1977, S. 53 ff.
(zit.: Schwerpunkte 1975/76) |
| Larenz, Karl | Methodenlehre der Rechtswissenschaft,
3. Aufl., 1975 |
| Laufke, Franz | Die allgemeinen Geschäftsbedingungen
in der Filmwirtschaft unter Berück-
sichtigung der Generalklauseln,
1962 (zit.: Geschäftsbedingungen) |
| Leo, Hans-Christoph | Konzerninterne Marktregelungen im
Lichte des EWG Kartellrechts,
in: Aktuelle Probleme des EWG
Kartellrechts, Kartellrundschau 1966,
Heft 8, S. 11 ff.
(zit.: Aktuelle Probleme) |
| Leube, Jutta | Zur Anwendbarkeit der §§ 1 und 23 ff.
GWB auf Gemeinschaftsunternehmen,
in: ZHR 141 (1977), S. 313 ff. |
| Lieb, Mafred | Die Schutzbedürftigkeit arbeitnehmer-
ähnlicher Personen,
in: RdA 1974, S. 257 ff. |
| Lukes, Rudolf | Der Kartellvertrag,
1959 (zit.: Kartellvertrag) |
| ders. | Die Benutzung öffentlicher Wege zur
Fortleitung elektrischer Energie,
1973 (zit.: Öffentliche Wege) |

- | | |
|---|---|
| Magen, Albrecht | Gesellschaftsrechtliche Wettbewerbsverbote und Kartellrecht,
in: NJW 1961, S. 147 ff. |
| Mahlmann, Wilfried | Genossenschaftsrecht und Wettbewerbsordnung,
1971 (zit.: Genossenschaftsrecht) |
| Mailänder, K. Peter | Privatrechtliche Folgen unerlaubter Kartellpraxis,
1964 |
| Markert, Kurt | Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen und Gemeinschaftsunternehmen als Kartelle,
in: AWD 1964, S. 186 ff. |
| ders. | Kartellrechtliche Beurteilung von Preismeldeverträgen,
in: DB 1963, S. 1455 ff. |
| ders. | Tarifvereinbarungen und Antitrustrecht,
in: WuW 1965, S. 922 ff. |
| Mathys, Peter | Das Verhältnis zwischen Kartellrecht und kollektivem Arbeitsrecht,
1969 |
| Mayer-Wegelin, Heinz/
Hans-Rudolf Ebel | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und EWG-Kartellrecht,
1958 (zit.: Ebel) |
| Mees, Hans Kurt | Die Verdingungsordnungen und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen,
Diss. Mainz, 1960 (zit.: Mees) |
| ders. | Die staatliche Beschaffungstätigkeit und das GWB,
in: WuW 1961, S. 541 ff. |
| Menger, Christian-Friedr. | Zur Frage des Rechtswegs bei Wettbewerbsstreitigkeiten zwischen Privaten und öffentlicher Hand,
in: Verw.Arch. 68 (1977), S. 293 ff. |

- Mestmäcker, Ernst Joachim Die Abgrenzung von öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Handeln im Wettbewerbsrecht,
in: NJW 1969, S. 1 ff.
- ders. Das Verhältnis der Wirtschafts-
wissenschaft zur Rechtswissenschaft
im Aktienrecht,
in: Das Verhältnis der Wirtschafts-
wissenschaft zur Rechtswissenschaft,
Soziologie und Statistik, 1964,
S. 103 ff. (zit.: Verhältnis)
- ders. Über das Verhältnis des Rechts der
Wettbewerbsbeschränkungen zum
Privatrecht,
in: AcP 168 (1968), S. 235 ff.,
weiter abgedr. in: DB 1968, S. 787 ff.,
835 ff.
- Miegel, Meinhard Der Unternehmensbegriff des Aktien-
gesetzes 1965,
1970
(zit.: Miegel)
- Miethke, Jürgen Der Konzern und das Recht der
Wettbewerbsbeschränkungen,
Diss. Kiel, 1964,
(zit.: Miethke)
- Möhring, Philipp Die gesetzliche Regelung der Unter-
nehmensverbindungen im neuen
Aktiengesetz,
in: NJW 1967, S. 1 ff.
- Möschel, Wernhard Abschied von der Gegenstands-
theorie in § 1 GWB,
in: NJW 1975, S. 94 ff.
- ders. Der Oligopolmißbrauch im Recht
der Wettbewerbsbeschränkungen,
1974
- ders. Das Wirtschaftsrecht der Banken,
1972

- | | |
|--|---|
| Monopolkommission | Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Sondergutachten 7, 1977 |
| Mühlensiefen, Heinz/
Wolfram Dörinkel | Das neue Kartell-, Zwangskartell- und Preisüberwachungsrecht, 3. Aufl., 1938 |
| Müller-Erzbach, Rudolf | Bespr. von Isay, Das Recht am Unternehmen, in: ZHR 71 (1912), S. 417 ff. |
| Müller, Heinz/
Peter Giessler | Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz), 3. Aufl., 2. Austauschlieferung, Stand: März 1976 |
| Müller-Henneberg, Hans/
Gustav Schwartz | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Gemeinschaftskommentar, 1. Aufl., 1958 (zit.: GK, 1. Aufl.) 2. Aufl., 1963 (zit.: GK, 2. Aufl.) 3. Aufl., Teillieferungen 1972 (zit.: GK) |
| Müller-Henneberg, Hans | Die Anwendung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf die öffentliche Hand, in: NJW 1971, S. 113 ff. |
| Mulert, Thomas | Die Wettbewerbsbeschränkung zwischen verbundenen Unternehmen, 1970 (zit.: Mulert) |
| Neumann, Erwin | Ansprüche auf Konzernrabatte und Kartellrecht, in: WuW 1957, S. 562 ff. |
| Niederleithinger, Ernst | Die Stellung der Versorgungswirtschaft im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1968 (zit.: Niederleithinger) |

- | | |
|---------------------------------------|---|
| Niederleithinger, Ernst | Praxis der Marktbeherrschungs- und Fusionskontrolle im Zeitraum 1974/75, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1974/75, 1976, S. 73 ff. (zit.: Schwerpunkte 1974/75) |
| Nordmeyer, Andreas | Der Unternehmensbegriff im Konzernrecht, Diss. Köln, 1970 |
| Ohmeyer, Kamillo v. | Das Unternehmen als Rechtsobjekt, 1906 |
| Oppikofer, Hans | Das Unternehmensrecht in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung, 1927 |
| Passow, Richard | Betrieb, Unternehmung, Konzern, in: Beiträge zur Lehre von den Unternehmen, Heft 11, 1926 (zit.: Betrieb) |
| Pisko, Oskar | Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs, 1907 |
| Plassmann, Norbert | Rechtsbegriffe im Wettbewerbsrecht, in: JZ 1968, S. 81 ff. |
| Plückebaum, Konrad/
Heinz Malitzky | Umsatzsteuergesetz (Mehrwertsteuer) mit Nebengesetzen und Verordnungen, Kommentar, 10. Aufl., Bd. II/1, 1978 |
| Püttner, Günter | Anm. zu BGHZ 66, 229, in: DöV 1976, S. 635 f. |
| ders. | Das Recht der kommunalen Energieversorgung. Zum Problem der besonderen öffentlichen Aufgaben der Gemeindeunternehmen, 1967 (zit.: Energieversorgung) |
| ders. | Die öffentlichen Unternehmen, 1969 |

- | | |
|---|---|
| Raiser, Thomas | Das Unternehmen als Organisation, 1969 (zit.: Unternehmen) |
| Raisch, Peter | Zu den grundsätzlichen Aufgaben der Rechtswissenschaft gegenüber den neuen Aktiengesetz, in: JZ 1966, S. 549 ff. |
| ders. | Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts, 1965 (zit.: Sinnwandlung) |
| Ranke, Friedbert | Die freien Berufe zwischen Arbeits- und Wirtschaftsrecht - Materiale Kriterien des Arbeitnehmerbegriffs, Diss. Berlin, 1976 |
| Rasch, Harold/
Klaus Westrick | Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht. Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Erläuterungen zum europäischen Kartellrecht, 3. Aufl., 1966;
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 4. Aufl., 1977
3. Aufl., 1966 |
| Rau, Günter/
Erich Dürrwächter/
Hans Flick/
Reinhold Gerit | Umsatzsteuergesetz (Mehrwertsteuer), Kommentar, Bd. I, 1967/71 |
| Rauschenbach, Gerhard | Das Verhältnis zwischen Kartellverbot und Standesrecht der Rechtsanwälte in den USA und in der BRD, in: Anw.Bl. 1973, S. 275 ff. |
| Regierungsbegründung | Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucks. II/1158 nach Anlage 1, abgedr. in: GK, 1. Aufl., S. 1037 ff. |

- | | |
|--|---|
| Rehbinder, Eckard | Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht,
1969 (zit.: Konzern) |
| ders. | Zur kartellrechtlichen Beurteilung von Absprachen und Empfehlungen über Geschäftszeiten und Betriebsferien,
in: BB 1964, S. 895 ff. |
| Reich, Norbert/
Klaus Tomer/
Hartmut Wegener | Verbraucher und Recht,
1976 |
| Reich, Norbert | Mißbrauch der Mißbrauchsaufsicht durch Preiskontrolle über marktbeherrschende Unternehmen?,
in: ZRP 1975, S. 159 ff. |
| ders. | Neue Tendenzen des kartellrechtlichen Verbraucherschutzes in der BRD,
in: Zeitschrift für Verbraucherpolitik 1977, S. 227 ff. |
| Reimann, Günter | Kartellrecht und Sozialbereich,
in: WRP 1962, S. 151 ff. |
| ders. | Zur kartellrechtlichen Beurteilung von Absprachen und Empfehlungen gegen Abwerbung von Arbeitskräften,
in: BB 1961, S. 157 ff. |
| Reinhart, Gert | Änderung privatrechtlicher Begriffe durch Einflüsse des Kartellrechts,
in: GRUR 1976, S. 517 ff. |
| Reinhardt, Rudolf | Vom Gesellschaftsrecht zum Unternehmensrecht?,
in: Wettbewerbsordnung im Spannungsfeld von Wirtschafts- und Rechtswissenschaft, Festschrift für Gunther Hartmann, 1976, S. 213 ff.
(zit.: Hartmann-Festschrift) |

- Rieger, Harald Das Problem der Güterabwägung bei der Anwendung des Kartellverbots - Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Restriktion, Diss. Frankfurt, 1967
- Rinck, Gerd Konzernrecht, in: Juristen-Jahrbuch 5 (1964/65), S. 121 ff.
- ders. Wirtschaftsrecht. Wirtschaftsverfassung, Wirtschaftsverwaltung, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 5. Aufl., 1977 (zit.: Wirtschaftsrecht)
- ders. Wirtschaftswissenschaftliche Begriffe in Rechtsnormen, in: Recht im Wandel, Festschrift Carl Heymanns Verlag, 1965, S. 361 ff.
- Rittner, Fritz Die Ausschließlichkeitsbindungen nach dem GWB, in: DB 1957, S. 1091 ff.
- ders. Erweiterte Anzeigepflicht bei Unternehmenszusammenschluß. Zur Auslegung des § 23 II Nr. 1 GWB, in: NJW 1976, S. 546 ff.
- ders. Die Tatbestände des Zusammenschlusses nach § 23 Abs. 2 GWB, in: DB 1975, S. 581 ff.
- ders. Unternehmen und freier Beruf als Rechtsbegriffe, 1962
- Röhling, Eike Die Fusionskontrolle nach dem neuen Kartellgesetz, in: DB 1973, S. 1585 ff.
- Rowedder, Heinz Kartellrecht, 1954

- Säcker, Franz Jürgen Zur Berücksichtigung der Marktposition des Unternehmens im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, in: BB 1967, S. 681 ff.
- ders. Die Genossenschaften im System des deutschen und europäischen Kartellrechts, in: Archiv für öffentliche und freigemeinnützige Unternehmen, Bd. 9, 1971, S. 193 ff.
- ders. Streikhilfeabkommen und Kartellrecht, in: ZHR 137 (1974), S. 455 ff.
- ders. Zielkonflikte und Koordinationsprobleme im deutschen und europäischen Kartellrecht, 1971 (zit.: Zielkonflikte)
- Sandrock, Otto Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1968 (zit.: Grundbegriffe)
- ders. Der Ausschluß von der Belieferung nach § 25 Abs. 1 GWB, in: JurA 1970, S. 48 ff.
- ders. Kartellrecht und Genossenschaften, 1976
- ders. Bespr. von Raiser, Das Unternehmen als Organisation, in: JR 1970, S. 398 ff.
- Schaub, Günter Arbeitsrechts-Handbuch, 3. Aufl., 1977
- Scherhorn, Gerhard Über die Bedeutung des Verbraucherverhaltens für die Funktionsfähigkeit des Marktes, in: ZVP 1977, S. 20 ff.

- | | |
|---------------------------------------|--|
| Schilling, Wolfgang | Rechtsform und Unternehmen -
Ein Beitrag zum Verhältnis von Ge-
sellschafts- und Unternehmensrecht,
in: Festschrift für Konrad Duden,
1977, S. 537 ff. |
| Schimmelpfeng, Ruth | Wettbewerb und Sozialversicherung,
in: NJW 1977, S. 1093 ff. |
| Schlosser, Peter | Verfahrenskontrolle unangemessener
Allgemeiner Geschäftsbedingungen,
in: ZRP 1975, S. 148 ff. |
| Schmidbauer, Klaus | Zur Preisstruktur auf Konsumgüter-
märkten. Ergebnisse einer Sekundär-
analyse von Preisvergleichen lang-
lebiger Gebrauchsgüter,
in: ZVP 1977, S. 90 ff. |
| Schmidt, Ingo | Die öffentliche Hand als Unternehmen
im Sinne des GWB,
in: BB 1963, S. 1404 ff. |
| ders. | US-amerikanische und deutsche Wett-
bewerbspolitik gegenüber Markt-
macht,
1973 (zit.: Wettbewerbspolitik) |
| Schmidt, Karsten | Kartellverbot und "sonstige Wettbe-
werbsbeschränkungen",
1978 |
| ders. | Kartellverfahrensrecht - Kartellver-
waltungsrecht - Bürgerliches Recht,
1977 (zit.: Kartellverfahrensrecht) |
| Schmidt, Rudolf | Freie Berufe und Kartellgesetz,
Diss. Köln, 1969 |
| Schmidt, Ulrich/
Klaus-Dieter Huth | Das Gesetz gegen Wettbewerbsbe-
schränkungen und die Wirtschaftstätig-
keit der öffentlichen Hand in
materiell- und verfahrensrechtlicher
Sicht,
in: BB 1964, S. 1106 ff. |

- | | |
|---------------------|--|
| Schmiedel, Burkhard | Kontrahierungszwang aus § 25 Abs. 1 GWB?,
in: WRP 1966, S. 41 ff. |
| Schmude, Jürgen | Der Unternehmensbegriff im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Bonn, 1968
(zit.: Schmude) |
| Schneider, Tilmann | Der Begriff des Verbrauchers im Recht,
in: BB 1974, S. 764 ff. |
| Schoch, Norbert | Vereinbarkeit einer tarifvertraglichen Bestimmung mit dem Kartellgesetz,
in: BB 1965, S. 477 ff. |
| Scholz, Helmut | Die konzerninterne Wettbewerbsbeschränkung. Ein Beitrag zur Auslegung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen,
Diss. Köln, 1960
(zit.: H. Scholz) |
| Scholz, Rupert | Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen,
1967 (zit.: Öffentliche Einrichtungen) |
| ders. | Gemeindliche Gebietsreform und regionale Energieversorgung,
1977 (zit.: Gebietsreform) |
| ders. | Wettbewerbsrecht und öffentliche Hand,
in: ZHR 132 (1969), S. 97 ff. |
| ders. | Wettbewerb der öffentlichen Hand - Sanktions- und Rechtswegprobleme zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht,
in: NJW 1974, S. 781 ff. |
| ders. | Wettbewerbsrechtliche Klagen gegen Hoheitsträger: Zivil- oder Verwaltungsrechtsweg?,
in: NJW 1978, S. 16 ff. |

- | | |
|---------------------------|--|
| Scholz, Rupert | Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz,
1971 |
| Schricker, Gerhard | Wettbewerbsrecht und Verbraucherschutz,
in: RabelsZ 36 (1972), S. 325 ff. |
| ders. | Wettbewerbsrechtliche Aspekte des Verbraucherschutzes,
in: RabelsZ 40 (1976), S. 535 ff. |
| Schricker, Helmut | Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand und unlauterer Wettbewerb,
1964 |
| Schwarz, Theo | Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand im Kartellrecht,
1969 (zit.: Schwarz) |
| ders. | Die Anwendbarkeit des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs auf die Beschaffungstätigkeit der öffentlichen Hand,
in: BB 1973, S. 1283 ff. |
| Simitis, Konstantin | Verbraucherschutz, Schlagwort oder Rechtsprinzip,
1976 |
| Sölter, Arno | Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung,
2. Aufl., 1960 |
| Sonnenberger, Hans-Jürgen | Schranken für Fusionen, Konzernbildungen und Errichtung von Gemeinschaftsunternehmen aus dem Kartellrecht?,
in: JurA 1970, S. 492 ff. |
| Spitzbarth, Reimar | Wettbewerbsverbote bei den freien Berufen,
in: NJW 1954, S. 453 ff. |

- Stein, Eckehard Die Wirtschaftsaufsicht,
1967 (zit.: Wirtschaftsaufsicht)
- Steindorff, Ernst Anm. zu BGH WuW/E 1361 "Krankenhauszusatzversicherung",
in: JZ 1976, S. 29 ff.
- ders. Gesetzgeberische Möglichkeiten
zu verbesserter Durchsetzung des
Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen,
in: ZHR 138 (1974), S. 504 ff.
- ders. Wirtschaftsrechtliche Maßstäbe im
Arbeitsrecht,
in: RdA 1965, S. 253 ff.
- ders. Zur Novellierung des Kartellrechts,
in: BB 1970, S. 824 ff.
- Stern, Klaus/
Günter Püttner Die Gemeindewirtschaft, Recht und
Realität. Zum staats- und kommunal-
verfassungsrechtlichen Standort der
kommunalen Wirtschaft,
1965
- Stolterfoth, Joachim N. Die Selbständigkeit des Handels-
vertreters,
1973 (zit.: Handelsvertreter)
- Strickrodt, Georg Liefer- und Leistungsverträge unter
den Wirkungen des Kartellverbots,
in: WuW 1957, S. 75 ff.
- Tätigkeitsbericht Bericht des Bundeskartellamtes über
seine Tätigkeit sowie über die Lage
und Entwicklung auf seinem Aufgaben-
gebiet,
1961, BT-Drucks. IV/378,
1971, BT-Drucks. VI/3570,
1972, BT-Drucks. 7/986,
1974, BT-Drucks. 7/3791
(zit.: TB/ Jahr, Seite)

- | | |
|---|---|
| Tilman, Winfried | Zur Rechtsstellung des Verbrauchers bei Wettbewerbsdelikten,
in: ZHR 141 (1977), S. 32 ff. |
| Ulmer, Peter | Gemeinsame Tochtergesellschaften im deutschen Konzern- und Wettbewerbsrecht,
in: ZHR 141 (1977), S. 466 ff. |
| ders. | Der Unternehmensbegriff im Vertrag der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl,
1960 (zit.: Unternehmen) |
| ders. | "Wettbewerbsbeschränkende Absprachen" im Rahmen von Unternehmenszusammenschlüssen,
in: WuW 1960, S. 163 ff. |
| ders. | Zur Problematik vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen und zum Schutz des intraband Wettbewerbs im GWB,
in: ZHR 130 (1968), S. 164 ff. |
| Vaubel, Ernst Dirk | Die Anwendbarkeit des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf Tarifvertragsklauseln,
Diss. München, 1968 |
| Welter, Erich | Der Staat als Kunde. Öffentliche Aufträge in der Wettbewerbsordnung,
1960 |
| Wenger, Karl | Die öffentliche Unternehmung,
1969 |
| Westermann, Harry/
Peter Scherpf/
Heinz Paulick/
Werner Hackbeil | Handbuch der Personengesellschaften,
1./2. Aufl., 1967/75 |
| Winnefeld, Robert | Verbundene Unternehmen im Kartellrecht,
Diss. Göttingen, 1969
(zit.: Winnefeld) |

- Wöhe, Günther Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre,
11. Aufl., 1973
- Wolf, Manfred Die Klagebefugnis der Verbände,
Ausnahme oder allgemeines Prinzip?,
1971 (zit.: Klagebefugnis)
- Wolff, Jürgen Wettbewerbsbeschränkende Wirkungen der Gründung gemeinsamer Produktionsunternehmen und ihre Beurteilung nach den §§ 1, 23 GWB,
in: BB 1966, S. 920 ff.
- Wolff, Reinhold Die Kartell-Notverordnung,
in: Kartell-Rundschau 1930, S. 509 ff.
- Woll, Artur Der Wettbewerb im Einzelhandel.
Zur Dynamik der modernen Vertriebsformen,
1964
- Würdinger, Hans Arten und Formen der Unternehmenszusammenschlüsse i.S. der neuen §§ 23 bis 24 GWB,
in: WuW 1973, S. 731 ff.
- ders. Freiheit der persönlichen Entfaltung
- Kartell- und Wettbewerbsrecht,
1953, abgedr. zugleich in: WuW 1953, S. 721 ff.
(zit.: Freiheit)
- ders. Unternehmenskonzentration und Marktbeherrschung,
in: WuW 1961, S. 745 ff.
- Zöllner, Wolfgang Zum Unternehmensbegriff der §§ 15 ff. AktG,
in: ZGR 1976, S. 1 ff.

Einleitung

Nahezu zweihundertmal verwendet das GWB das Tatbestandsmerkmal Unternehmen. Mit Ausnahme der §§ 20, 38 GWB ¹⁾ gelten alle materiellen Vorschriften dieses Gesetzes nur für Unternehmen. Rein quantitativ betrachtet handelt es sich beim Unternehmensbegriff damit um das bedeutendste Tatbestandsmerkmal des GWB.

In deutlichem Gegensatz hierzu steht die geringe praktische Bedeutung, die dieser Begriff bisher erlangt hat. Obwohl sich die Rechtsprechung in einer Fülle von Entscheidungen mit dem Unternehmensbegriff auseinandergesetzt hat, ist die Unternehmenseigenschaft bis heute erst ein einziges Mal verneint worden. ²⁾ Der wesentliche Grund hierfür dürfte in der Entwicklung eines funktionalen Verständnisses des Unternehmensbegriffs zu erblicken sein. Diese geringe praktische Relevanz des Unternehmensbegriffs erhärtet die von Lukes unmittelbar nach Inkrafttreten des GWB aufgestellte These, der Unternehmensbegriff werde voraussichtlich zur Abgrenzung innerhalb des Gesetzes nichts beitragen. ³⁾ Die bisherige Entwicklung legt verstärkt die Frage nahe, ob die allgemein anerkannte Funktionalität des Unternehmensbegriffs nicht seine Funktionslosigkeit zwingend zur Folge hat. Zwanzig Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes erscheint es an der Zeit, diese Frage einer vertieften Untersuchung zu unterziehen.

1) Nachfolgende Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche des GWB.

2) OLG Frankfurt, WuW/E OLG 533 "Filmselbstkontrolle".

3) Lukes, Kartellvertrag, S. 112.

1. Teil:

Unternehmensbegriffe außerhalb des GWB als mögliche Anknüpfungspunkte

I. Unternehmen als "allgemeiner Rechtsbegriff"

Die Bemühungen um einen rechtswissenschaftlichen Unternehmensbegriff setzten in nennenswertem Umfang zu Beginn dieses Jahrhunderts ein. Im Mittelpunkt des Interesses standen die Fragen der Übertragbarkeit sowie des deliktischen Schutzes eines Handelsgeschäfts. ¹⁾ Insbesondere das BGB mit seinem engen Sachbegriff bereitete Schwierigkeiten, das Unternehmen als "Verkehrs- und Rechtsobjekt" ²⁾ in das vom Gesetz zur Verfügung gestellte Instrumentarium einzuordnen. Die Definitionsversuche dienten praktisch nur dem Zweck, die Übertragbarkeit oder den gewünschten Schutz des Unternehmens zu begründen. Als *sedes materiae* sah man durchweg die §§ 22 ff. HGB an. ³⁾ Es lag bei einer solchen Betrachtungsweise nahe, allein die gegenständliche Seite des Unternehmens der Begriffsbestimmung zugrunde zu legen. ⁴⁾ Schon bald wurde jedoch erkannt, daß die gegenständliche Seite nur einen Teilbereich des Unternehmens erfaßte. Insbesondere das Bedürfnis, die "Privatsphäre"

1) Bereits die Titel der einschlägigen Arbeiten machen diese Betrachtungsweise deutlich: z.B. Ohmeyer, Das Unternehmen als Rechtsobjekt; Pisko, Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs, sowie Isay, Das Recht am Unternehmen.

2) Raisch, Sinnwandlung, S. 131, unter Hinweis auf Pisko, aaO., im Vorwort.

3) Raiser, Unternehmen, S. 3.

4) Raisch, aaO., S. 131.

von der "Geschäftssphäre" des Kaufmanns zu trennen, machte deutlich, daß hier der unternehmerische Bereich nur abgegrenzt werden konnte, indem man ihn als Tätigkeit des Kaufmanns verstand. Das Unternehmen erschien damit als Tätigkeitsinbegriff.⁵⁾ Hiermit sind die beiden wesentlichen Merkmale zur Erfassung des Unternehmensbegriffs genannt.

Im Anschluß an von Gierke⁶⁾ wird heute darüber hinaus auch die personale Seite des Unternehmens und seiner Arbeitnehmer, die sogenannte Betriebsgemeinschaft, in die Definitionsversuche einbezogen.⁷⁾

Mit der Erkenntnis dieser unterschiedlichen Ausstrahlungen des Unternehmensbegriffs war zwar die Gefahr einer einseitigen und deshalb verengten Betrachtungsweise gebannt; auf der anderen Seite mußten aber die Versuche, einen allgemeingültigen Unternehmensbegriff zu definieren, immer schwieriger werden. Trotz einer kaum noch zu überblickenden Literatur ist dies bis heute jedenfalls nicht gelungen.⁸⁾

5) Darstellung dieser Betrachtungsweise bereits bei Oppikofer, Unternehmensrecht, S. 3; Giesecke, Heymanns-Festschrift II, S. 125.

6) ZHR 111 (1948), S. 1 ff.

7) Z.B. Gierke/Sandrock, § 13 III 2; Würdinger, Großkommentar zum HGB, § 22 Anm. 2; Raiser, aaO., S. 4, meint, in dieser Trichotomie sei "das Spiegelbild der Einteilung in Wirtschaftsrecht, Handelsrecht und Arbeitsrecht" unschwer zu erkennen.

8) Zusammenfassende Darstellungen über diese Bemühungen finden sich bei v. Gierke, aaO., S. 1 ff.; bei Raiser, aaO., S. 1 ff.; Raisch, aaO., S. 131 ff.; weitergehende Literaturhinweise bei Enneccerus/Nipperdey, § 133, sowie bei Gierke/Sandrock, § 13; eine zusammenfassende Darstellung der Literatur bis zum Ende der 30er Jahre enthält die Dissertation von Korsch, Der Begriff des Unternehmens, insbesondere im Wettbewerbsrecht.

Es hat sich vielmehr die Erkenntnis durchgesetzt, daß unsere Rechtsordnung einen allgemeingültigen Unternehmensbegriff nicht kennt.⁹⁾ Je nach Art seiner Verwendung wird das "komplexe Gebilde Unternehmen"¹⁰⁾ nur in seinen einzelnen Erscheinungsformen erfaßt, so daß für jedes Gesetz unter Berücksichtigung seines Sinns und Zwecks der Unternehmensbegriff gesondert zu bestimmen ist.

Eine solche Beschränkung ist vielfach als Mangel empfunden worden. Daher wurde stets aufs Neue die Forderung zur Entwicklung eines allgemeingültigen Unternehmensbegriffs erhoben.¹¹⁾ Gerade in jüngster Zeit finden sich mit den Arbeiten von Raisch¹²⁾ und Raiser¹³⁾ zwei großangelegte Versuche, einen solchen allgemeinen Unternehmensbegriff zu entwickeln. Naturgemäß muß ein solcher Begriff, der alle genannten Ausstrahlungen der Unternehmenswirklichkeit umfassen soll, von hohem Abstraktionsgrad sein. Die Gefahr, daß ein solcher Begriff damit zu einer "farb-

9) Grundlegend insoweit Giesecke, aaO., S. 112 ff.; statt aller Baumbach/Hefermehl, 11. Aufl., Allg., Rdnr. 106; Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar zum AktG, § 15 Rdnr. 7; Rehbinder, Konzern, S. 59; Buchner, Unternehmensschutz, S. 16; Müller-Henneberg, GK, § 1 Rdnr. 5; BGHZ 31, 105 = BGH WuW/E 359 "Glasglühkörper".

10) Baumbach/Hefermehl, aaO., Rdnr. 106.

11) Z.B. Passow, Betrieb, S. 77 ff.; Fechner, Unternehmen, S. 6, 16; v. Gierke, ZHR 111 (1948), S. 2; Ballerstedt, JZ 1951, S. 487; Ulmer, Unternehmen, S. 36 N. 17.

12) Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts, 1965.

13) Das Unternehmen als Organisation, 1969.

losen Formel" ¹⁴⁾ herabsinkt, eine bloße Leerformel ohne konkrete Aussage darstellt, ¹⁵⁾ ist deshalb sehr groß. Der Wert eines solchen "materiellen Begriffs" ¹⁶⁾, in dem sich alle Perspektiven in der "Sinneinheit des Unternehmens" vereinigen, "die als Idealtypus der Einheit in der Verschiedenheit" ¹⁷⁾ Ausdruck geben sollen, erscheint äußerst zweifelhaft. Ebensolchen Bedenken unterliegt es, daß ein so weiter Unternehmensbegriff als Ordnungsbegriff zur Sichtbarmachung des diesem Begriff zugrunde liegenden Realtypus von rechtlichem Wert sein soll. ¹⁸⁾ Mit Recht sind jedenfalls die Folgerungen, die aus einer derartigen Deutung des Unternehmensbegriffs gezogen worden sind, als kärglich bezeichnet worden. ¹⁹⁾

Einer abschließenden Beurteilung bedürfen diese Bemühungen an dieser Stelle nicht. Auch diejenigen Autoren, die glauben, einen allgemeinen Unternehmensbegriff bestimmen zu können, erkennen an, daß dieser Begriff in der Gesetzessprache ganz unterschiedlich verwandt wird. Die Rechtsordnung kennt keinen einheitlichen Unternehmensbegriff im Sinne eines Rechtsfolgenbegriffs. ²⁰⁾ Es gibt keinen einheitlichen gesetzlichen Unternehmensbegriff. ²¹⁾

14) So Müller-Erbach, ZHR 71 (1912), S. 417 ff. (423); ebenso Buchner, aaO., S. 16.

15) Sandrock, JR 1970, S. 399; ebenso Gierke/Sandrock, § 13 II 2 c.

16) Raiser, aaO., S. 115.

17) Raisch, aaO., S. 120.

18) Reh binder, aaO., S. 60.

19) Reh binder, aaO., S. 61.

20) Reh binder, aaO., S. 61.

21) Ulmer, aaO., S. 36 N. 17.

Gesetze verwenden diesen Begriff, um ihren jeweiligen Anwendungsbereich abzugrenzen. Die Unternehmensbegriffe sind daher je nach Sinn und Zweck dieser Normen zu bestimmen und müssen somit zwangsläufig in dem Maße differieren, wie ihre verschiedenen Ziele dies tun. ²²⁾

Wegen der unterschiedlichen Aufgabenstellung, die diesem Begriff zukommt, kann eine für die gesamte Rechtsordnung gültige Bestimmung des Unternehmensbegriffs nicht gelingen. ²³⁾ Gerade um die verschiedenen Auswirkungen der Unternehmen genannten Wirtschaftseinheit zu erfassen, zerreißen die Gesetze die Einheitlichkeit dieses Begriffs. ²⁴⁾

Außer Betracht können für diese Untersuchung deshalb auch jüngere Arbeiten bleiben, die sich bemühen, das Unternehmensrecht an die Stelle der bisher gebräuchlichen Kategorien Handels- und Gesellschafts- oder Wirtschaftsrecht zu setzen. ²⁵⁾ Soweit hier überhaupt eine Begriffsbestimmung des Unternehmens für erforderlich gehalten wird, wird zugleich stets verdeutlicht, daß die Aufstellung eines solchen Systembegriffs mit den verschiedenen Gesetzesbegriffen nicht identisch ist. ²⁶⁾

Einen einheitlichen Gesetzesbegriff des Unternehmens gibt es somit nicht. Allein um die Bestimmung eines solchen

22) Raiser, aaO., S. 115.

23) Raisch, aaO., S. 120.

24) v. Gierke, aaO., S. 7.

25) Vgl. hierzu zuletzt die Beiträge in der Festschrift für Duden von Ballerstedt, S. 15 ff.; Kunze, S. 201 ff.; Schilling, S. 537 ff.; Reinhardt, Hartmann-Festschrift, S. 213 ff.; und Koppensteiner, Rechtstheorie 1973, S. 18 ff.

26) Besonders deutlich Koppensteiner, aaO., S. 18, 19.

Begriffs geht es aber hier. Inwieweit sich aus den verschiedenen gesetzlichen Verwendungsarten ein Oberbegriff bilden läßt, kann deshalb auf sich beruhen. Der gemeinsame Kern könnte ja nur als der größte gemeinsame Nenner aller Verwendungsarten ermittelt werden. Damit kann ein dermaßen gebildeter Begriff zur Eingrenzung des Unternehmensbegriffs im Einzelfall nichts beitragen. Nicht dieser allgemeine Begriff wäre den Gesetzesbegriffen vorgegeben, sondern umgekehrt von diesen und Ihrer Auslegung abhängig. Nicht ein allgemeiner Unternehmensbegriff könnte also Ausgangspunkt für die Bestimmung des Unternehmensbegriffs im GWB sein, sondern der Unternehmensbegriff dieses Gesetzes müßte einen notwendigen Teilaspekt für die Entwicklung eines solchen allgemeinen Unternehmensbegriffs darstellen.

II. Der Unternehmensbegriff in der Kartellverordnung
und in den alierten Dekartellierungsbestimmungen

Gibt es somit einen für die gesamte Rechtsordnung verbindlichen Unternehmensbegriff nicht, so besteht doch die Möglichkeit, daß zumindest auf dem Gebiete des Kartellrechts ein Unternehmensbegriff entwickelt worden ist, der Grundlage für die Begriffsbestimmung im GWB sein kann. Die erste gesetzliche Definition des Kartells in § 1 der Kartellverordnung¹⁾ kannte den Unternehmensbegriff gerade nicht. Immerhin wurde auch ohne Verwendung dieses Begriffs im Gesetzeswortlaut in der Literatur die Auffassung vertreten, von Kartellen könne nur gesprochen werden, wenn es sich bei den Beteiligten um Unternehmen handle.²⁾ Insoweit herrschte aber keineswegs Einigkeit. Besonders Callmann³⁾ wandte sich gegen eine Beschränkung auf "Unternehmer".⁴⁾ Andere wieder ließen diese Frage überhaupt offen.⁵⁾ Unter Hinweis auf die amerikanische Rechtsprechung erklärten Isay/Tschierschky⁶⁾, die Beschränkung auf Unternehmen sei "an sich keineswegs selbstverständlich". Wenn diese Autoren schließlich die Gewerkschaften aus dem Anwendungsbereich der Kartellverordnung ausnehmen, so geschieht selbst dies unter Hin-

-
- 1) Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2. November 1923 (RGBl. I S. 1067 ff., berichtet RGBl. I S. 1090).
 - 2) So z.B. v. Brunn, Grundzüge des Kartellrechts, S. 19; Müllensiefen/Dörinkel, V 6; R. Wolff, KR 1930, S. 509 ff. (522).
 - 3) Das deutsche Kartellrecht, S. 85 ff.
 - 4) Ausdrücklich dagegen auch Herzog, KR 1930, S. 20 (24).
 - 5) Isay/Tschierschky, § 1 Anm. 9.
Es ist deshalb unzutreffend, diese Autoren für die eine oder andere Ansicht zu zitieren, wie dies bei Schmude, (Forts. S. 8)

weis auf "Zweck, Wortlaut und Aufbau der Vorschriften" und gerade ohne ausdrückliche Beschränkung der Anwendbarkeit der Kartellverordnung auf Unternehmen. Dieser Begriff sei jedenfalls "in weitestem Sinne" zu fassen. Bereits an diesen Ausführungen wird deutlich, daß Einverständnis noch nicht einmal darüber erzielt worden ist, ob der Unternehmensbegriff überhaupt ein für die Kartellverordnung maßgeblicher Rechtsbegriff war. Probleme des sachlichen Anwendungsbereichs wurden an diesem Begriff jedenfalls nicht festgemacht, eine auch nur geringfügig vertiefende Untersuchung des Unternehmensbegriffs für das Kartellrecht findet sich nicht. Die Bedeutung des Unternehmensbegriffs für die Kartellverordnung ist deshalb nur als gering zu bezeichnen. ⁷⁾

Eine gewisse Ausnahme stellt allerdings § 10 KartVO dar. Diese Vorschrift wandte sich u. a. ausdrücklich an "Unternehmungen". Hierfür war man um engere Definitionen bemüht. ⁸⁾ Ein Grund für die engere Auslegung innerhalb des § 10 KartVO mag darin liegen, daß diese Vorschrift u. a.

Forts. Fn. 5 von S. 7:

Unternehmen, S. 4 N. 1 (gegen die Erforderlichkeit der Unternehmenseigenschaft) und Niederleithinger, Versorgungswirtschaft, S. 20 N. 22 (dafür) geschieht. Fn. 6 von S. 7:

6) aaO., Anm. 9.

7) Lukes, Kartellvertrag, S. 76 m.w.N.; zustimmend BGHZ 31, 105 (109) = WuW/E 359 "Glasglühkörper".

8) So z.B. Isay/Tschierschky, § 10 Anm. 7: "Unternehmen ist ein der Erwerbstätigkeit dienender Organismus von Arbeitskräften und Sachgütern"; Callmann, aaO., § 10 Anm. 14, S. 456: "Unternehmen ist eine aus materiellen und immateriellen Gütern bestehende, in fortgesetzter Tätigkeit mit Streben nach Gewinn aufrechterhaltene und nach außen in Erscheinung tretende Organisation, die an der Erzeugung, der Bearbeitung oder dem Umsatz von Gütern mitwirkt."

die Ausnützung wirtschaftlicher Machtstellung verlangte und deshalb ohnehin nur von Subjekten verwirklicht werden konnte, die diesem engeren Unternehmensbegriff unterfielen.⁹⁾ Schon bei der Frage nach der Anwendbarkeit des § 10 KartVO auf die sogenannten freien Berufe bestand aber auch hier Streit.¹⁰⁾ Die Einzelheiten bedürfen an dieser Stelle keiner näheren Behandlung. Bereits dieser kurze Überblick läßt nämlich die Feststellung zu, daß es während der Geltung der Kartellverordnung keinen feststehenden Unternehmensbegriff gab, von dem für das GWB ausgegangen werden könnte.¹¹⁾

Dies gilt in verstärktem Maße für die nach dem 2. Weltkrieg erlassenen alliierten Dekartellierungsbestimmungen.¹²⁾ Allein die VO Nr. 96 für die französische Zone wandte sich in ihren Artikeln 2 und 5 ausschließlich an Unternehmen. Die erheblich bedeutsamere Regelung für die amerikanische Zone sowie die gleichlautende VO für die britische Zone wandten sich nicht nur an Unternehmen, sondern gemäß Artikel 1 II an alle "Personen". Darüber hinaus bestimmte der Artikel 5 IX ausdrücklich, daß "die Ausdrücke

9) Niederleithinger, aaO., S. 21.

10) Grundsätzlich dafür z.B. Callmann, aaO., Rdnr. 15, S. 457; dagegen z.B. Isay/Tschierschky, § 10 Anm. 7, in auffallendem Gegensatz zu den eigenen Ausführungen unter § 1 Anm. 9.

11) Niederleithinger, aaO., S. 21.

12) Militär-Regierungsgesetz Nr. 56 (amerikanische Zone); Verordnung Nr. 78 (britische Zone); Verordnung Nr. 96 (französische Zone); sämtlich abgedruckt bei Rowedder, Kartellrecht, 1954.

Unternehmen, Tätigkeit und Beziehungen jede Art von wirtschaftlichen, geschäftlichen oder finanziellen Gebilden, Betätigungen oder Personen" umfassen. Eine Einschränkung des Adressatenkreises wurde also gerade nicht vorgenommen. Der Unternehmensbegriff konnte innerhalb dieser Bestimmungen zwangsläufig keine Rolle spielen.

Es ist somit festzuhalten, daß auch nach dem 2. Weltkrieg kein kartellrechtlicher Unternehmensbegriff entwickelt worden ist, den das GWB hätte übernehmen können.¹³⁾

13) Schmude, Unternehmen, S. 5 f.; Niederleithinger, Versorgungswirtschaft, S. 21.

III. Die Untauglichkeit des wirtschaftswissenschaftlichen Unternehmensbegriffs für die Gesetzesauslegung

Der Unternehmensbegriff ist aus den Wirtschaftswissenschaften in die Rechtsordnung übernommen worden.¹⁾ Es liegt deshalb nahe, für die rechtswissenschaftliche Erörterung an die Wirtschaftswissenschaft anzuknüpfen.²⁾

Der Schluß allein vom gleichen Sprachgebrauch auf die Identität der Begriffe wäre jedoch eine Verkenntung der Besonderheiten juristischer Begriffsbildung. Sieht man von den innerhalb der Rechtswissenschaft gebildeten juristischen Fachbegriffen ab, so entstammen alle zur Normbildung verwandten Begriffe aus dem allgemeinen oder in geringerem Maße dem besonderen Sprachgebrauch etwa einer fremden Wissenschaft. Derartige Begriffe dienen zur rechtlichen Erfassung bestimmter Sachverhalte bei der Normbildung. Zugleich wird jeder Begriff mit der Aufnahme in eine Rechtsnorm seinerseits von dieser, insbesondere ihrem Sinn und Zweck, geprägt. Jeder Begriff wird damit unabhängig von seinem Herkommen zu einem Rechtsbegriff. Die dadurch erzielte Umformung ist nur nach juristischer Methode zu erfassen. Juristische Erkenntnissuche hat deshalb vom eigenen Standpunkt und mit eigenen Mitteln zu beginnen.³⁾

1) Raisch, Sinnwandlung, S. 121; ders., JZ 1966, S. 554; v. Gierke, ZHR 111 (1948), S. 5; Brecher, Unternehmen, S. 8; Nordmeyer, Diss., S. 11; Miegel, Diss., S. 42.

2) So schon Giesecke, Heymann-Festschrift II, S. 118.

3) Rinck, Festschrift Heymann-Verlag, S. 367, unter Hinweis auf Dahm, Deutsches Recht, S. 59 (60).

Das heißt allerdings nicht, daß der Jurist die Erkenntnisse anderer Wissenschaften unberücksichtigt lassen dürfte. Deren Einbeziehung wird im Gegenteil im Rahmen der Teleologie häufig erforderlich oder sogar unvermeidbar sein. Schon die historische Auslegung kann zu dem Ergebnis führen, daß der Gesetzgeber einen Begriff gerade im Verständnis einer bestimmten Wissenschaft gemeint hat. Schließlich kann auch der Wortlaut auf eine bestimmte fachspezifische Begrenzung schließen lassen. In jedem dieser Fälle sind es aber juristische Gesichtspunkte, die für oder gegen die Übernahme eines vorjuristischen Begriffs sprechen. Die Identität des Begriffs folgt also niemals aus der Identität des Wortlauts, sondern allein aus spezifisch juristischen Auslegungskriterien. ⁴⁾

Bestätigt wird dieses Ergebnis für das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaften zur Rechtswissenschaft durch die ganz unterschiedlichen Methoden beider Disziplinen. Wirtschaftswissenschaftliche Begriffe sind lediglich Mittel zur Darstellung ökonomischer Zusammenhänge. Hierzu geht man von durchschnittlichen Geschehensabläufen aus, faßt ähnliche Sachverhalte begrifflich zusammen ⁵⁾ und gelangt deshalb zu einer typisierenden Begriffsbestimmung, die Grenzfälle bewußt vernachlässigt. ⁶⁾ Rechtsbegriffe

4) In der Sache zum gleichen Ergebnis kommen mehrere Untersuchungen in der Hartmann-Festschrift, die sich mit der Nutzarmachung wirtschaftswissenschaftlicher Aussagen für das GWB befassen, vgl. Börner, S. 77 ff.; Erlinghagen, S. 95 ff.; Günther, S. 123 ff. (126 ff.); (Forts. S. 13)

sind dagegen stets mit Rechtsfolgen verknüpft. ⁷⁾ Wo die Ökonomie von einer Analyse bestimmter Lebenssachverhalte ausgeht, hat die Rechtswissenschaft sich mit Sollenssätzen zu befassen. ⁸⁾ Schon aus Gründen der Rechtssicherheit muß die juristische Begriffsbildung deshalb auch und gerade Grenzfälle einbeziehen. ⁹⁾ Bei der Behandlung gleicher ökonomischer Sachverhalte scheidet wegen dieser unterschiedlichen Methode von Rechts- und Wirtschaftswissenschaften eine Übernahme der Begriffe aus der einen in die jeweils andere Wissenschaft aus. ¹⁰⁾ Die Übernahme des Unternehmensbegriffs aus den Wirtschaftswissenschaften kommt somit nicht in Betracht. ¹¹⁾

Forts. Fn. 4 von S. 12:

Hintze, S. 187 ff.; trotz unterschiedlicher Ansätze kommen alle Autoren zu dem Ergebnis, wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnisse könnten allenfalls eine Hilfsfunktion für die Gesetzesauslegung übernehmen, eine unmittelbare Übernahme der wirtschaftswissenschaftlichen Begriffe aber zieht niemand auch nur in Betracht; dezidiert dagegen Börner, aaO., S. 81 ff. Fn. 5 von S. 12:

Brecher, aaO., S. 8; Miegel, Diss., S. 44.

Fn. 6 von S. 12:

Gandenberger, Unternehmen, S. 25; Rinck, aaO., S. 368; Herrnring, Diss., S. 9.

7) Gandenberger, aaO., S. 25, im Anschluß an Giesecke, aaO., S. 120, und Brecher, aaO., S. 8.

8) Brecher, aaO., S. 8; Miegel, Diss., S. 44.

9) Rinck, aaO., S. 368.

10) Die Unterschiedlichkeit der Methoden beider Wissenschaften betont auch Coing, Verhältnis, S. 2; ebenso auch Mestmäcker im gleichen Band, S. 103; wenn beide Autoren eine Einbeziehung wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse fordern, so steht dies nicht im Widerspruch zum hiesigen Ansatz. So betont (Forts. S. 14)

Kann eine Übernahme ökonomischer Begriffe also nicht erfolgen, so bleibt immerhin zu erwägen, ob der wirtschaftswissenschaftliche Unternehmensbegriff nicht zumindest als Grundlage und Ausgangspunkt der weiteren Überlegungen zu dienen vermag. Dagegen sprechen jedoch schon rein praktische Gründe. Allein juristische Kriterien könnten ja entscheiden, ob überhaupt oder ggf. welche Teilbereiche des wirtschaftlichen Unternehmensbegriffs in das GWB zu transponieren wären. Ist der Wert des ökonomischen Unternehmensbegriffs also noch gar nicht abzusehen, so eignet er sich jedenfalls nicht als Ausgangspunkt einer juristischen Begriffsbestimmung.

Bestätigt wird dies durch folgende Erwägung: Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß juristische Auslegung im Ergebnis durchaus zu einer Bindung an einen vorjuristischen Begriff führen kann. Die Intensität dieser Bindung kann dabei ganz unterschiedlich sein.¹²⁾ Welcher Intensitätsgrad jeweils erreicht wird, kann nicht abstrakt, son-

Forts. Fn. 10 von S. 13:

Mestmäcker, aaO., S. 105, daß bestimmte Interessenkonflikte "ohne Rückgriff" auf die Wirtschaftswissenschaft nicht erfaßt werden können. Das zeigt, daß auch Mestmäcker Wirtschaftswissenschaften nur als (allerdings notwendiges) Hilfsmittel bei der Lösung von Rechtsfragen verwenden will. Im Ergebnis ebenso die in Fn. 4 genannten Autoren, bes. Börner, aaO., S. 81 ff.

Fn. 11 von S. 13:

Außer den bereits genannten Autoren auch Rittner, Freier Beruf, S. 9.

- 12) Ganz allgemein hierzu Larenz, Methodenlehre, S. 433; speziell zum Wirtschaftsrecht eine Vielzahl von Beispielen bei Rinck, aaO., S. 363 ff.

dern nur in jedem Einzelfall entschieden werden. Die Bindung an den Sprachgebrauch einer bestimmten Wissenschaft kann jedoch überhaupt nur dann in Betracht kommen, wenn ein Begriff aus sich selbst heraus eine Begrenzung seiner Bedeutung durch diese Wissenschaft erkennen läßt. Wird ein Begriff in mehreren Wissenschaftssprachen und darüber hinaus im allgemeinen Sprachgebrauch verwandt, so hat er seinen Charakter als wissenschaftlicher terminus verloren.¹³⁾ Wegen seiner Vieldeutigkeit ist dann nämlich von dem Begriff selbst nicht mehr auf den speziellen Sprachgebrauch innerhalb einer Wissenschaft zu schließen. Derartig vieldeutige Begriffe können dann allein nach juristischen Kriterien ohne Rücksicht auf die Begriffsbildung fremder Wissenschaften ausgelegt werden.¹⁴⁾

Um einen Fall dieser Art handelt es sich aber bei dem Begriff Unternehmen. Er wird im allgemeinen Sprachgebrauch zur Bezeichnung gänzlich unwirtschaftlicher Vorgänge, wie zur Kennzeichnung einer waghalsigen Reise verwandt. Auch die Rechtswissenschaft bedient sich des Wortes etwa im Strafrecht¹⁵⁾ in einer Weise, die einen Bezug zu den Wirtschaftswissenschaften überhaupt nicht mehr erkennen läßt. Eine Bindung an den wirtschaftswissenschaftlichen Unternehmensbegriff besteht somit in keiner Weise. Es bedarf deshalb für die vorliegende Untersuchung keines Eingehens auf wirtschaftswissenschaftliche Versuche zur Bestimmung des Unternehmensbegriffs, der darüber hinaus auch innerhalb dieser Disziplin äußerst umstritten ist.¹⁶⁾

13) Rinck, aaO., S. 373 ff.

14) Rinck, aaO., S. 374.

15) Vgl. § 11 Abs. 1 Ziff. 6 StGB.

16) Vgl. statt aller Wöhe, S. 2 ff. (5 ff.) m.w.N.

2. Teil:

Von der Funktionalität zur Funktionslosigkeit des Unternehmensbegriffs

I. Die Funktionalität des Unternehmensbegriffs als Ausgangspunkt

1. Die möglichen "Ausstrahlungen" des Unternehmensbegriffs

Ebensowenig wie an einen allgemeinen Rechtsbegriff Unternehmen kommt für das GWB eine Anknüpfung an den Unternehmensbegriff anderer Gesetze in Betracht. Hierzu fehlt nicht nur jeder Anhaltspunkt, ein solches Verfahren stünde auch im Widerspruch zur Gesetzesgeschichte. Die Regierungsbegründung sagt ausdrücklich, daß "dieser Begriff nicht etwa nach den Grundsätzen des Gewerbesteuerrechts oder der Gewerbeordnung zu entwickeln ist".¹⁾ Hierüber besteht in Rechtsprechung und Literatur auch vollständiges Einvernehmen.²⁾ Als Folge der Bemühungen um einen einheitlichen rechtswissenschaftlichen Unternehmensbegriff hat sich jedoch die Erkenntnis durchgesetzt, daß der "Anknüpfungsbegriff"³⁾ Unternehmen in der Gesetzessprache regelmäßig in einer der drei "Ausstrahlungen" gebraucht wird, wie sie von Gierke in seiner grundlegenden Untersuchung zum Unternehmensbe-

1) Reg.Begr. Teil C, zu § 1 Ziff. 1 c, abgedr. in GK, 1. Aufl., S. 1075.

2) Vgl. statt aller WuW/E BGH 359 "Gasglühkörper"; Müller-Henneberg, GK, § 1 Rdnr. 5.

3) Nachweise bei Gierke/Sandrock, § 13 I 3.

griff entwickelt hat.⁴⁾ Hierzu zählen die Betriebstätigkeit, der hierdurch geschaffene Tätigkeitsbereich und schließlich die personenrechtliche Betriebsgemeinschaft zur Bezeichnung des Betriebsverbandes zwischen Unternehmer und Arbeitnehmern. Unberücksichtigt bleiben kann hier das Kriterium der personenrechtlichen Betriebsgemeinschaft, da es mit Sicherheit für den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff keine Bedeutung besitzt. Es verbleiben somit zwei grundlegende Merkmale zur Erfassung des Gesetzesbegriffs Unternehmen: Das Unternehmen kann einmal durch eine bestimmte Tätigkeit, also handlungsbezogen aufgefaßt werden oder aber zur Bezeichnung des gegenständlichen Niederschlags, als "die Organisation für und infolge dieser Tätigkeit".⁵⁾ Zur Unterscheidung spricht man bei einer gegenständlichen Betrachtungsweise vom objektiven, statischen, institutionellen oder einfach vom gegenständlichen Unternehmensbegriff, bei einer handlungsbezogenen Betrachtungsweise dagegen vom subjektiven, dynamischen oder funktionalen Unternehmensbegriff.⁶⁾ Im Kartellrecht hat sich das Begriffspaar gegenständlicher oder funktionaler Unternehmensbegriff durchgesetzt,⁷⁾ das deshalb im folgenden verwandt wer-

4) v. Gierke, ZHR 111 (1948), S. 7 ff.

5) Giesecke, Heymann-Festschrift II, S. 121.

6) Eingehend zu dieser Trennung: Baumbach/Hefermehl, Allg., Rdnr. 105 ff.; Giesecke, aaO., S. 119 ff.; Miegel, Diss., S. 98; Mees, S. 39 ff.; Niederleithinger, S. 26 ff.; Schrade, S. 14 ff.

7) Grundlegend für das GWB Mees, S. 42 ff.; die terminologische Unterscheidung geht auf Köhler, JZ 1953, S. 713 (718) zurück.

den soll. Von grundlegender Bedeutung für den Unternehmensbegriff des GWB ist deshalb die Frage, ob das Gesetz ihn gegenständlich oder funktional versteht.

2. Die Ableitung eines funktionalen Verständnisses aus dem GWB

Bereits ein kurzer, noch vorläufiger Blick auf Gesetzesgeschichte, Gesetzeszweck und Gesetzessystematik bestätigt, daß der Unternehmensbegriff im GWB funktionale Verwendung findet. So unergiebig die Gesetzesmaterialien sonst im Hinblick auf den Unternehmensbegriff sind, hier sind sie eindeutig: "Es genügt eine Tätigkeit in der Erzeugung oder im geschäftlichen Verkehr".⁸⁾ Die Regierungsbegründung stellt damit klar, daß es eine Handlung ist, die unternehmensbegründend wirkt. Auch der Zweck des Gesetzes, "vertragliche Beschränkungen des Wettbewerbs bei der Erzeugung und dem geschäftlichen Verkehr mit Waren und gewerblichen Leistungen zu unterbinden"⁹⁾, macht deutlich, daß es dem Gesetz um den Ausschluß bestimmter Verhaltensweisen geht. Bei einem solchen Gesetzeszweck ist kein Grund dafür ersichtlich, gegenständliche Kriterien als Qualifikationsmerkmale der mit dem Wort Unternehmen bezeichneten Träger dieser Verhaltensweisen zu fordern.¹⁰⁾ Nicht aus einer be-

8) 3 c zu § 1, abgedr. in GK, 1. Aufl., S. 1075.

9) Reg.Begr., aaO.

10) Ebenso Niederleithinger, S. 27; Schmude, S. 46; Schwarz, S. 56.

stimmten Organisationsform, sondern aus der "Art der Tätigkeit wird zurückgeschlossen auf die rechtsrelevanten Eigenschaften des Handelnden". ¹¹⁾ Bestätigt wird dies schließlich auch durch die Systematik des Gesetzes. Das GWB bezeichnet in seiner Grundnorm, dem § 1, ebenso wie in allen seinen materiellen Normen die Adressaten dieser Vorschriften als Unternehmen. Alle materiellen Normen des GWB knüpfen gesetzestechnisch nicht an Zustände, sondern an Verhaltensweisen an. Nicht das Unternehmen selbst, sondern seine Verhaltensweisen sind Regelungsgegenstand dieser Vorschriften.

Man hat aus vergleichenden Untersuchungen zum Unternehmensbegriff ganz allgemein die These entwickelt, gegenständliche Kriterien seien immer dort maßgebend, wo das Unternehmen selbst Gegenstand der Norm ist, funktionale dagegen fänden Verwendung, wo mit dem Begriff Unternehmen Zurechnungsträger bestimmter Verhaltensweisen bezeichnet werden. ¹²⁾ Es kann dahinstehen, ob diese Aussage in derartiger Allgemeinheit zutrifft. Die bisherigen Untersuchungen zum Unternehmensbegriff im GWB könnten allenfalls eine Bestätigung dieser These sein, dagegen könnte umgekehrt aus einer solchen allgemeinen Analyse nichts Zwingendes für das GWB entnommen werden. Maßgeblich kann für das GWB ja nicht der Verwendungszweck des Unternehmensbegriffs in anderen Gesetzen sein, son-

11) Hill, in: 25 Jahre Bundesgerichtshof, 1975, S. 178.

12) Mees, S. 39-44; eingehend Miegel, Diss., S. 99, nach Untersuchung der Unternehmensbegriffe im BGB, HGB, UWG, GWB, Gewerbeordnung sowie der Steuergesetzgebung; im Ergebnis ebenso Niederleithinger, S. 27; Schmude, S. 21; und Schwarz, S. 54 ff.

dern allein Geschichte, Zweck und Systematik des GWB selbst. Alle drei Auslegungsgesichtspunkte bestätigen, daß das GWB den Unternehmensbegriff funktional verwendet.

3. Funktionalität als ausschließlich handlungsbezogener Begriff

Funktional wird hier ausschließlich im Sinne von handlungsbezogen verstanden. Darüber hinaus wird von einem funktionalen Unternehmensbegriff gesprochen, wenn dieser aus der "Funktion innerhalb einer Norm zu entwickeln" ist.¹³⁾ Wann einem Rechtssubjekt die Eigenschaft als Unternehmen zukomme, lasse "sich nur aus der funktionalen Bedeutung ermitteln, die dem Begriff zugeordnet" sei.¹⁴⁾ Er müsse "aus der Funktion innerhalb der Norm neu zu entwickeln" sein.¹⁵⁾ Schließlich wird Auslegung nach Sinn und Zweck als "funktionaler Ansatz" verstanden.¹⁶⁾ Ein solches Verständnis des funktionalen Unternehmensbegriffs vermischt m.E. gerade die Abgrenzung zur gegenständlichen Betrachtungsweise. Auch bei gegenständlicher Verwendung ergibt sich diese ja nicht von allein, sondern aus der Aufgabe (Funktion), die diesem Begriff nach Sinn und Zweck sowie der Systematik eines solchen Gesetzes zukommt. Da jeder Gesetzesbegriff -sofern er nicht völlig aus sich allein eindeutig bestimmt ist - unter systematischen sowie teleologischen Gesichtspunkten, also nach seiner Aufgabe innerhalb der Norm, auszulegen ist, könnte man jeden

13) Mees, S. 43; ebenso unter Berufung auf Mees, Schmude, S. 24, 25.

14) Rittner, DB 1957, S. 1092.

15) I. Schmidt, DB 1963, S. 1405.

16) Schmidt/Huth, BB 1964, S. 1110.

Gesetzesbegriff als funktionalen Begriff bezeichnen. Das aber ist keine Besonderheit des Unternehmensbegriffs im GWB.

4. Die Übernahme des funktionalen Unternehmensbegriffs in Literatur und Praxis

Der funktionale, also handlungsbezogene Ansatz ist heute in Rechtsprechung, Verwaltungspraxis und Literatur praktisch unbestritten. Zwar haben die Gerichte bis vor kurzem den Ausdruck "funktionaler Unternehmensbegriff" nicht verwandt, den Unternehmensbegriff jedoch ausschließlich durch handlungsbezogene Merkmale bestimmt. Als Unternehmen im Sinne des § 1 GWB ist danach "jede, nicht rein private und sich als außerhalb des Erwerbslebens abspielende Tätigkeit" anzusehen.¹⁷⁾ Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird der Unternehmensbegriff durch "jedwede Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr" erfüllt.¹⁸⁾ Die Rechtsprechung hat von Beginn an immer wieder und ausschließlich auf geschäftliche Tätigkeiten zur Begründung der Unternehmenseigenschaft abgestellt. Nunmehr hat sich der Bundesgerichts-

17) KG WuW/E OLG 322 (323) "Vereidigte Buchprüfer II"; KG WuW/E OLG 1429 (1431) "Deutscher Fußball Bund".

18) WuW/E BGH 442 "Gummistrümpfe"; WuW/E BGH 1246 "Feuerwehrschanzanzüge"; WuW/E BGH 1253 (1257) "Nachtverlegung"; weitere Rspr. Nachweise bei Emmerich, ZHR 139 (1975), S. 476 (478 ff.).

hof ausdrücklich zur funktionalen Verwendung dieses Begriffs im GWB bekannt. ¹⁹⁾

Ein handlungsbezogener Unternehmensbegriff entspricht auch der ständigen Verwaltungspraxis des Bundeskartellamtes. Schon im Tätigkeitsbericht 1961 hat das Bundeskartellamt "jede selbständige, nicht rein private und außerhalb des Erwerbslebens liegende Tätigkeit einer Person ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform und die Absicht der Gewinnerzielung" als Unternehmen bezeichnet. ²⁰⁾ Im Tätigkeitsbericht 1971 bekennt sich das Amt ausdrücklich zum "funktionalen Unternehmensbegriff". Eine Beschaffungsstelle der öffentlichen Hand handele deshalb bei ihren Einkäufen als Unternehmen. ²¹⁾ Ähnliche Formulierungen finden sich ständig. Ein Urheber sei als Unternehmen anzusehen, "sobald er seine Werke zu verwerten beginnt", ²²⁾ "der DFB handelt hinsichtlich der Werbung für die Erzeugnisse seines Vertragspartners als Unternehmen" ²³⁾, "das ZDF ist beim Erwerb von Urheberverwertungsrechten als Unternehmen tätig". ²⁴⁾

Diese Auslegung des Unternehmensbegriffs ist schließlich auch in der Literatur praktisch unbestritten. Es gibt keine

19) WuW/E BGH 1474 (1477) "Architektenkammer".

20) TB 1961, S. 61 (allerdings zum Unternehmensbegriff des Art. 85 EWG-Vertrag).

21) TB 1971, S. 23.

22) WuW/E BKartA 704 "Verwertungsgesellschaften".

23) TB 1972, S. 75.

24) TB 1974, S. 75.

Definition des Unternehmensbegriffs, die nicht in irgendeiner Form auf die Teilnahme am Wirtschaftsverkehr abstellt. Das gilt selbst für diejenigen Autoren, die als Vertreter eines gegenständlichen Unternehmensbegriffs zitiert werden.²⁵⁾ Auch von Gamm²⁶⁾ hält die Teilnahme am Wirtschaftsleben für erforderlich. Er folgert allerdings aus der Übernahme des volkswirtschaftlichen Unternehmensbegriffs, daß ein Unternehmen eine Vielzahl abhängiger Kräfte einsetzen müsse, ein sog. Ein-Mann-Betrieb deshalb ausscheide. Diese Ausführungen überzeugen nicht, da eine Kontrolle am Gesetzeszweck überhaupt nicht vorgenommen wird und außerdem jede Begründung dafür fehlt, wieso gerade der volkswirtschaftliche Unternehmensbegriff gelten soll. Es kommt hinzu, daß diese Begriffsbestimmung nur für Art. 85 EWG-Vertrag, nicht aber für das GWB vorgenommen wird.

Als Zwischenergebnis kann deshalb festgehalten werden, daß für das GWB völlige Übereinstimmung dahingehend besteht, als entscheidendes Merkmal für den Unternehmensbegriff eine bestimmte Handlungsweise anzusehen.

-
- 25) Magen, NJW 1961, S. 147, den Schmude (S. 46, Fn. 1) zu den Vertretern eines gegenständlichen Unternehmensbegriffs zählt, definiert Unternehmen "als eine selbständige, organisierte Einheit zu nachhaltiger aktiver Teilnahme am Wirtschaftsverkehr".
- 26) Das Kartellrecht der EWG, S. 39 f.

II. Freiheits- und Drittschutz des GWB als maßgeblicher Gesichtspunkt einer Begriffsbestimmung

1. Individual- und/oder Institutionsschutz

Institutionsschutz oder Individualschutz, dieses Begriffspaar beherrscht die Diskussion über Sinn und Zweck des GWB seit den Tagen seiner parlamentarischen Beratung.¹⁾ Untersucht wird, ob das GWB dem Schutze der Institution Wettbewerb oder der Freiheit des einzelnen vor Bedrohung durch wirtschaftliche Macht dient.²⁾ Soweit damit ein Gegensatz zwischen Wettbewerb auf der einen und Individualfreiheit auf der anderen Seite unterstellt wird, kann dem nicht zugestimmt werden. Individueller Freiheitsschutz ist nicht nur ein bloßer Reflex der Institution Wettbewerb, sondern im gleichen Maße seine Voraussetzung.³⁾ Beide Gesichtspunkte bedingen sich gegenseitig und sind insofern tatsächlich zwei Seiten derselben Medaille.⁴⁾ Das

1) Grundlegend Würdinger, Freiheit, S. 9 ff.; vgl. hierzu statt aller Blei, WuW 1953, S. 723 ff.

2) Allein Institutionsschutz: Würdinger, aaO., S. 9 ff.; Benisch, WuW 1961, S. 764 ff.; ders., GK, § 35 Rdnr. 7; Frankf. Kommentar, § 35 Rdnr. 19 ff.; Ballerstedt, JZ 1956, S. 271; Strickroth, WuW 1957, S. 81; Sandrock, Grundbegriffe, S. 272 ff.; ebenso noch der BGH WuW/E BGH 65 (68).
Individualschutz: Lukes, Kartellvertrag, S. 121 ff.; Biedenkopf/Callmann/Deringer, Grundsatzfragen, S. 16 ff.; Fikentscher, Wettbewerb, S. 76 ff., 196 ff.; Steindorff, BB 1970, S. 824 (826); J. Baur, ZHR 134 (1970), S. 97 (125 ff.); Mestmäcker, AcP 168 (1968), S. 235 ff.; Hoppmann, Wettbewerb als Aufgabe, S. 61 ff. und öfter; Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 255, 307; Säcker, Zielkonflikte, S. 20 ff.; ders., BB 1967, (Forts. S. 25)

GWB schützt mit anderen Worten den Wettbewerb um der Freiheit willen, die ihrerseits den Wettbewerb erst ermöglicht. Allenfalls kann man deshalb die Frage stellen, welches der beiden genannten Ziele als primärer Gesetzeszweck anzusehen ist.

Während Freiheit in einer demokratischen Gesellschaftsordnung ein Wert ist, der keiner weiteren Rechtfertigung bedarf, ⁵⁾ ist dies beim Wettbewerb nicht der Fall. Der Wettbewerb ist kein Wert an sich, sondern er bedarf des Schutzes allein um wettbewerbstranszendenter Ziele

Forts. Fn. 2 von S. 24:
S. 681 (683 ff.); Möschel, Banken, S. 346 ff.; weitere Nachweise bei den beiden zuletzt Genannten sowie bei I. Schmidt, Wettbewerbspolitik, S. 67 ff.; Scholz, ZHR 132 (1969), S. 109; ders., Wirtschaftsaufsicht, S. 24 ff.; dieser Ansicht ist wohl nunmehr auch der BGH zuzurechnen, obwohl er die Frage allgemein offengelassen hat. Mit der Entscheidung WuW/E BGH 1361 "Krankenhauszusatzversicherung" ist § 1 aber zum Schutzgesetz für die Mitbewerber erklärt worden, was bei einem reinen Institutionschutz nicht möglich wäre.

Vermittelnd (Gleichrangigkeit beider Ziele): Koenigs, NJW 1961, S. 1041; Baumbach/Hefermehl, Allg., Rdnr. 84.

Fn. 3 von S. 24:

Hoppmann, Wettbewerb als Aufgabe, S. 102 ff. N. 55.

Fn. 4 von S. 24:

Mestmäcker, AcP 168 (1968), S. 235 (245);

Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 307; Hoppmann, aaO., S. 102 f.; zuzustimmen ist diesen Autoren aber nur, soweit sie Wettbewerb und Individualfreiheit derart gleichsetzen.

- 5) Wenn Sandrock, Grundbegriffe, S. 276, schreibt: "Es geht in § 1 nicht um Gesellschaftspolitik um ihrer selbst willen", so trifft dies hinsichtlich der Freiheit eben nicht zu.

willen. ⁶⁾ Damit aber scheidet der Wettbewerb als Institution ⁷⁾ (d. h. als solcher) als primärer Schutzzweck des GWB aus. Maßgeblich kann vielmehr nur der gerade mit und durch den Wettbewerb verfolgte Zweck des Freiheitsschutzes sein.

Daneben, aber nicht immer deutlich genug getrennt, unterscheidet man zwischen wirtschaftspolitischer und gesellschaftspolitischer Funktion des Wettbewerbs. Dient der Wettbewerb durch seine Selbststeuerungsinstrumente rein wirtschaftlichen Zwecken und damit der angestrebten bestmöglichen Versorgung der Verbraucher oder ist es seine hiervon zu trennende freiheitssichernde Funktion, die als der eigentliche Schutzzweck des GWB zu betrachten ist? Diese Frage wird regelmäßig mit derjenigen nach dem Institutions- oder Individualschutz gleichgesetzt. ⁸⁾ Schon der Vergleich der beiden Begriffspaare zeigt jedoch, daß eine deutliche Trennung geboten ist. Zwar taucht in beiden Fällen der Freiheitsschutz als eine Alternative auf. Dagegen steht aber einmal die Institution Wettbewerb, das andere Mal die bestmögliche Versorgung der Verbraucher. Für die Kennzeichnung der Alternative best-

6) Vgl. hierzu statt aller Säcker, Zielkonflikte, S. 14 ff., 20 ff. mit umfangreichen Nachweisen.

7) Kritik zur Unschärfe des Begriffs "Institution" bei Hoppmann, aaO., S. 99 N. 50; gemeint ist bei Würdinger ja auch nicht der Wettbewerb als solcher, sondern als Instrument zur optimalen Verbraucherversorgung.

8) Vgl. zum Meinungsstand deshalb die in Fn. 2 Genannten.

mögliche Verbraucherversorgung oder individueller Freiheitsschutz sind die Begriffe Institutions- oder Individualschutz jedoch nicht treffend, sondern eher verwirrend.

2. Zielkonflikte zwischen Freiheitsschutz und Wohlstandsoptimierung

Haben sich Institution Wettbewerb und individuelle Freiheit als nur zwei Seiten derselben Sache erwiesen, so ist dies hinsichtlich der Optimierung des Wohlstandes und der Sicherung der individuellen Freiheit nicht der Fall. Jedenvalls die Praxis zeigt deutlich, daß zwischen beiden genannten Zielen sehr wohl Konflikte auftreten können,⁹⁾ so daß die Sicherung eines dieser beiden Schutzgüter auf Kosten des anderen gehen muß. Im Gegensatz zum Wettbewerb erscheint die optimale Verbraucherversorgung durchaus als ein Wert an sich. Damit stellt sich die Frage, welcher Rang diesem Gesichtspunkt gegenüber der freiheitssichernden Funktion des Wettbewerbs zukommt.

Rahmen einer solchen Untersuchung zum Schutzzweck des GWB ist ausschließlich dieses Gesetz selbst. Nur auf dieses Gesetz selbst, nicht dagegen auf eine wie auch immer geartete ökonomische Theorie kann es für die Beantwortung dieser Frage ankommen. Wortlaut, Geschichte und Systeme

9) Eingehend Sacker, Zielkonflikte, S. 14 ff. (20 ff.); sowie Möschel, Banken, S. 339 ff.; und I. Schmidt, Wettbewerbspolitik, S. 42 ff.
(Forts. S. 28)

matik des GWB bestätigen aber deutlich den Vorrang des Freiheitsschutzes.¹⁰⁾ Schon die Bezeichnung des Gesetzes selbst weist darauf hin. Das GWB ist eben kein "Gesetz zur Förderung des Wohlstandes" oder zur "bestmöglichen Verbraucherversorgung", sondern ein solches gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Der wirtschaftspolitische Effekt der optimalen Versorgung der Verbraucher wird vom Gesetz also gerade durch den Schutz der Freiheit der Wirtschaftsteilnehmer erwartet und im Grundsatz auch nur insoweit geschützt, als er gerade durch diese freiheitliche Betätigung erzielt wird. Umgekehrt gilt dies dagegen nicht. Wohlstandsoptimierung ist auch nach der Konzeption des GWB keinesfalls zwingende Voraussetzung für individuelle Freiheit. § 1 als Grundnorm des GWB enthält unter bewußter Ablehnung des Mißbrauchsprinzips¹¹⁾ ein allgemeines Kartellverbot, ohne daß diese Vorschrift darauf abstellt, welchen Einfluß ein derartiges Kartell auf die Versorgung der Verbraucher ausübt.

Forts. Fn. 9 von S. 27:

A.A. insbes. Hoppmann, aaO., S. 103; ders., Wessel-Festschrift, S. 145 (148 ff.); ders., Jb.NSt 179 (1966), S. 286 (290), und Jb.NSt 181 (1967), S. 251 (258 ff.); und Mestmäcker, AcP 168 (1968), S. 235 (245); diese Negierung tatsächlicher Gegebenheiten ist aber ebensowenig hinzunehmen wie die Außerachtlassung der Tatsache, daß die §§ 2 ff. diesen Zielkonflikt auch gesetzlich zum Ausdruck bringen. § 8 etwa enthält die Dilemma-These in "chemisch reiner Form" (Möschel, aaO., S. 351); gegen Hoppmann und Mestmäcker eingehend Säcker, aaO., S. 19 ff.; Möschel, aaO., S. 339 ff.

- 10) Vgl. hierzu eingehend Hoppmann, Wettbewerb als Aufgabe, S. 12 ff.
11) Eingehende Nachweise hierzu bei Müller/Giessler, § 1 Rdnr. 2 ff.

Ein anderes Ergebnis, also die Prädominanz der Wohls-
standsoptimierung ließe sich mit einer Wettbewerbswirt-
schaft nicht mehr vereinbaren. Freiheitsschutz wäre nur
insoweit durch das GWB gewährleistet, als gerade damit
optimale volkswirtschaftliche Ergebnisse erzielt würden.
Es könnte sich erweisen oder jedenfalls herrschende ökono-
mische oder politische Auffassung werden, daß optimale
Verbraucherversorgung gerade durch sozialistische Plan-
wirtschaft zu erzielen sei. Erklärt man also dieses rein
wirtschaftspolitische Ziel zum alleinigen oder überwiegen-
den Schutzzweck des GWB, so könnte sich auch eine sozia-
listische Planwirtschaft auf dieses Gesetz berufen und
für sich in Anspruch nehmen, die eigentliche Aufgabe die-
ses Gesetzes zu erfüllen. Dieses groteske Ergebnis haben
bereits die Verfasser des GWB in großer Deutlichkeit ge-
sehen und bewußt ausgeschlossen.¹²⁾ Ganz auf dieser
Linie liegen andere Stellen der Gesetzesmaterialien, wo-
nach es um die Schaffung einer der demokratischen Ord-
nung entsprechenden Wirtschaftsverfassung gehe,¹³⁾ und
Wettbewerbswirtschaft deshalb nicht nur aus Gründen der
ökonomischen Zweckmäßigkeit, sondern aus einer grund-
legenden gesellschaftspolitischen Zielsetzung verlangt
werde.¹⁴⁾

12) Reg.Begr. Teil B I 1, abgedr. in GK, 1. Aufl., S.
1064/1065: "Eine Generalklausel etwa in der Art 'Zu-
lassung eines Kartells bei Vorliegen volkswirtschaft-
licher Notwendigkeit' könnte stets nur einen unbe-
stimmten Begriff geben; er würde ausgefüllt durch die
jeweils herrschende Auffassung über das, was volks-
wirtschaftlich notwendig ist. Das können heute Grund-
sätze der Marktwirtschaft, morgen Grundsätze der
Planwirtschaft sein. Das Gesetz könnte demnach von
(Forts. S. 30)

Bestätigt wird dieses Ergebnis durch den Aufbau des Gesetzes. Ein allgemeiner Kartellrechtfertigungsgrund wurde bewußt nicht in das Gesetz aufgenommen.¹⁵⁾ Allein im Rahmen der Sondertatbestände der §§ 2 - 8 einschließlich der dazugehörigen Verfahren sieht das Gesetz Durchbrechung des Grundsatzes von der freiheitssichernden Funktion des § 1 zugunsten höherer ökonomischer Effizienz vor.¹⁶⁾ Auch wenn diese Vorschriften das Ergebnis langer Bemühungen um eine Einschränkung des generellen Kartellverbots waren und dem Kartellteil des Gesetzes damit Kompromißcharakter verliehen,¹⁷⁾ ist dieses generelle Kartellverbot dennoch als Grundsatz beibehalten worden.¹⁸⁾ Das schließt es aber aus, bei der Bestimmung des maßgeblichen Gesetzeszwecks statt von diesem Grundsatz von den Ausnahmebestimmungen auszugehen.

Forts. Fn. 12 von S. 29:

heute auf morgen mit einem völlig veränderten Inhalt ausgefüllt werden. Das ist nicht gewollt".

Fn. 13 von S. 29:

Reg.Begr., aaO., S. 1058.

Fn. 14 von S. 29:

Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses, Reg.Begr., aaO., S. 1161; weitere Nachweise für die gesellschaftspolitische Zielsetzung in den Gesetzesmaterialien bei Möschel, aaO., S. 348 ff.

15) Reg.Begr., aaO., S. 1064/1065.

16) Säcker, Zielkonflikte, S. 28.

17) Vgl. hierzu Hefermehl, Marktinformation, S. 30, er erblickt im Kompromißcharakter allerdings eine Einschränkung des Gesetzeszwecks.

18) Besonders deutlich etwa Möschel, aaO., S. 352.

3. Der Drittschutzcharakter des GWB am Beispiel des Kartellverbots

Steht damit die Freiheit der Individuen als der maßgebliche Schutzzweck des GWB fest, so bleibt nur noch zu untersuchen, wessen Handlungsfreiheit dieser Schutz dient. In Betracht kommen einmal die Beteiligten an einer Kartellvereinbarung oder diejenigen, die von einer Kartellabrede als Dritte, sei es als Wettbewerber, Abnehmer oder Lieferanten betroffen sind. Betrachtet man die Lage der Kartellpartner, so ist kein Grund ersichtlich, warum man ihren Interessenausgleich nicht der Privatautonomie in den Grenzen des § 138 BGB überlassen sollte ¹⁹⁾ und diesen Unternehmen beließe, über ihre wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit zu disponieren. ²⁰⁾ Sinn hätte ein solcher Schutz der Innenfreiheit allenfalls für den Sonderfall, daß ein Unternehmen einem Kartell unter wirtschaftlichem Druck beigetreten ist und § 1 GWB ihm nunmehr die rechtliche Handhabe böte, es wieder zu verlassen.

Ganz anders stellt sich die Situation für die von einer Kartellabrede betroffenen Dritten dar. Ihre Handlungsfreiheit wird durch ein solches Kartell eingeschränkt und bedarf deshalb des Schutzes. Dies hat auch in den §§ 2 ff. deutlichen Ausdruck gefunden. Ginge es nämlich nur um

19) Vgl. Möschel, aaO., S. 354.

20) Säcker, Zielkonflikte, S. 24; die Innenfreiheit als Schutzzweck des Gesetzes lehnen bemerkenswerterweise auch die maßgeblichen Vertreter der Gegenstandstheorie ab, vgl. Benisch, GK, § 35 Rdnr. 7 m.w.N.

die Innenfreiheit der Kartellpartner, so wäre nicht einzusehen, warum § 2 Abs. 2 die Anhörung von Lieferanten und Abnehmern vorschreibt, § 3 Abs. 3 Nr. 2 von schädlichen Wirkungen für Handel oder Versorgung der Verbraucher spricht und § 5 Abs. 3 das Interesse der Allgemeinheit zur Voraussetzung für die Erlaubnis eines Rationalisierungskartells macht. Der Eingriff in die Freiheits-sphäre Dritter ist also der tragende Grund für das Kartell-verbot. Dem GWB geht es um die Verhinderung der posi-tionsverschlechternden Außenwirkungen der Kartellab-sprache.²¹⁾

Soweit die sog. Gegenstandstheorie²²⁾ auch eine vertrag-liche Beschränkung der Innenfreiheit als Merkmal des § 1 GWB verlangt, steht dies nicht im Widerspruch zum hier wiedergegebenen Schutzzweck des GWB. Tatbestands-voraussetzungen des § 1 GWB und Schutzzweck dieses Ge-setzes sind nicht dasselbe. Auch die Vertreter der Gegen-standstheorie berufen sich zur Begründung ihrer Auf-fassung gerade nicht auf den Gesetzeszweck, sondern allein auf die Gesetzesmaterialien und das Erfordernis der Rechtssicherheit.²³⁾ Ob diese Gesichtspunkte eine derart

21) Grundlegend Lukes, Kartellvertrag, S. 122 ff., 213 ff., 253 ff.; Säcker, Zielkonflikte, S. 24; Möschel, aaO., S. 354; ebenso alle in Fn. 2 unter dem Stichwort Individualschutz genannten Autoren.

22) Vgl. statt aller Müller-Henneberg, GK, § 1 Rdnr. 72; umfangreiche Nachweise bei Säcker, aaO., S. 56 N 129; aus neuerer Zeit Benisch, Kooperationsfibel, 4. Aufl., S. 80 ff.; ders., WuW 1974, S. 69 (70 ff.); Hoffmann, BB 1975, S. 1628 ff.

23) Besonders deutlich etwa Müller/Giessler, die in der individuellen Freiheitsgarantie zwar den Schutzzweck (Forts. S. 33)

einschränkende Auslegung des § 1 rechtfertigen, erscheint mehr als zweifelhaft.²⁴⁾ Selbst wenn man ihr folgen wollte, würde damit die Verwirklichung des aufgezeigten Schutzzwecks zwar ganz erheblich eingeschränkt, an diesem selbst könnte dies aber nichts ändern.

Der Schutz der Freiheitssphäre Dritter erweist sich also als der maßgebliche Zweck des GWB. Dies muß im übrigen auch dann gelten, wenn man die individuelle Freiheit nicht um gesellschaftspolitischer Ziele willen, sondern allein aus rein ökonomischen Gesichtspunkten als geschützt betrachtet.

Nicht von der Freiheit der Kartellpartner, sondern allenfalls von der Sicherstellung der Freiheit Dritter können ja die vorteilhaften Wirkungen einer Wettbewerbswirtschaft erwartet werden. Der vom GWB erstrebte Schutz vor den Auswirkungen von "Verhaltenskonzertierungen" Dritter gilt also auch bei der Annahme einer ökonomischen Zielsetzung in gleicher Weise wie bei Zugrundelegung eines freiheitssichernden Gesetzeszwecks.²⁵⁾

Wenn der Gesetzgeber Sinn und Zweck des GWB zum maßgeblichen Auslegungskriterium für den Unternehmensbe-

Forts. Fn. 23 von S. 32:
des Gesetzes sehen (§ 1 Rdnr. 31 ff.), aber aus den genannten Gründen dennoch die Gegenstandstheorie vertreten (aaO., Rdnr. 67 ff.).

24) Zur Kritik an der Gegenstandstheorie statt aller Säcker, aaO., S. 56 ff.; Emmerich, Wettbewerbsrecht, S. 36 f.; Möschel, NJW 1975, S. 94 ff.; KG WuW/E OLG 1487 "Zementverkaufsstelle Niedersachsen".

25) Möschel, aaO., S. 95.

griff erklärt, ²⁶⁾ so ist damit also der Schutz der Freiheit Dritter gemeint. Ohne die Ergebnisse der folgenden Untersuchung zu einzelnen Gesichtspunkten der Begriffsbestimmung vorwegzunehmen, läßt sich daraus bereits jetzt folgender Schluß ziehen:

Der Unternehmensbegriff dient in den §§ 1 ff. allein und in den anderen materiellen Vorschriften des GWB überwiegend zur Kennzeichnung der Normadressaten. Dient also der § 1 nicht dem Schutz dieser Normadressaten, sondern gerade dem von einer solchen Kartellabrede betroffenen Dritten, so steht einengenden Erwägungen zur Auslegung des Unternehmensbegriffs stets der Sinn und Zweck des Gesetzes entgegen. Für diese schützenswerten Dritten bleibt es unter dem Aspekt des Schutzzwecks unerheblich, wer Partner einer sie betreffenden Kartellabrede ist. Eine über die bisherige Definition hinausgehende Einschränkung des Unternehmensbegriffs kommt also nur in Frage, wenn sie sich im jeweiligen Einzelfall aus Geschichte, Systematik oder Wortlaut des Gesetzes mit einer solchen Deutlichkeit und Intensität ergibt, daß der Schutzzweck des Gesetzes dahinter zurücktreten muß.

26) Reg.Begr., GK, 1. Aufl., S. 1075; Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses zu § 73 (Abgeordneter Lange), GK, 1. Aufl., S. 1208, 1209.

III. Rechtliche Selbständigkeit

1. Unternehmen als rechtlicher Zurechnungs- träger

Als allein maßgeblich für den Unternehmensbegriff sind bestimmte Handlungen im geschäftlichen Verkehr erkannt worden. Das kann nun aber keinesfalls bedeuten, daß diese Handlungen selbst als das Unternehmen im Sinne des GWB anzusehen sind. Zur Verdeutlichung genügt es, die Verwendung des Unternehmensbegriffs im GWB zur Kennzeichnung der Normadressaten zu betrachten. Es ist schon sprachlich ausgeschlossen, daß eine Handlung selbst Subjekt einer anderen Handlung ist. Unternehmen im Sinne des GWB kann also nur dasjenige Subjekt sein, daß die unternehmensbegründenden Handlungen vornimmt, dem sie als eigene zugerechnet werden. Der Unternehmensbegriff erweist sich damit als ein Zurechnungsbegriff für bestimmte Verhaltensweisen.¹⁾ Nicht das Angebot oder die Nachfrage selbst, sondern die Anbieter und Nachfrager

1) Schwarz, S. 55; Schmude, S. 47; das ist im Ergebnis unbestritten, wenn es auch nicht besonders hervorgehoben wird; im Ergebnis ebenso alle Autoren, die das Unternehmen als Rechtsträger bezeichnen oder die rechtliche Selbständigkeit fordern: Niederleithinger, S. 23 ff.; Mulert, S. 27; Grandpierre, S. 78; Scholz, S. 67; Miethke, S. 21; Mees, S. 69; Gandenberger, S. 111; ebenso Müller-Henneberg, GK, § 1 Rdnr. 5, der als Unternehmen natürliche und juristische Personen oder deren Vereinigungen ansieht; Ulmer, WuW 1960, S. 172; ders., Unternehmen, S. 20 ff.; Stein, S. 33 ff.; Schmidt/Huth, BB 1964, S. 1110.

werden vom GWB als Unternehmen bezeichnet. ²⁾ Erfasst wird mit diesem Unternehmensbegriff derjenige, der etwas unternimmt, nach allgemeinem Sprachgebrauch also der Unternehmer.

Daraus folgt, daß als Unternehmen nur ein Subjekt in Frage kommt, dem rechtlich relevante Handlungen zuge-rechnet werden können. Das ist nur bei rechtlich selbständigen Subjekten der Fall, wobei es unerheblich ist, ob es um die Zurechnung rechtsgeschäftlicher Handlungen geht oder nicht. ³⁾ Auch beim Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, der Androhung von Nachteilen oder beim Boykottaufruf kann rechtliches Zurechnungssubjekt nur sein, wer als Träger von Rechten und Pflichten in Frage kommt.

2. Die Einbeziehung nichtrechtsfähiger Personen- gesellschaften

Das ist bei natürlichen und juristischen Personen unproblematisch. Es trifft aber nicht zu, deshalb ganz allgemein die Rechtsfähigkeit als Voraussetzung des Unternehmens-

2) Koenigs, JuS 1962, S. 346.

3) Es ist also nicht richtig, das Erfordernis rechtlicher Selbständigkeit daraus abzuleiten, daß § 1 GWB den Abschluß eines Vertrages verlangt; so aber zuerst Ulmer, WuW 1960, S. 172; ebenso Grandpierre, S. 79; Niederleithinger, S. 23; erst recht ist der Schluß vom Vertragsschluß auf die Rechtsfähigkeit des Unternehmens nicht logisch zwingend, wie Mulert, S. 26, meint.

begriffs zu fordern. ⁴⁾ Damit schließt man die Einbeziehung nichtrechtsfähiger Personenvereinigungen in den Unternehmensbegriff von vornherein aus. Auch diese sind jedoch rechtlich insoweit verselbständigt, daß nicht die Gesellschafter, sondern die Gesellschaft selbst Träger von Rechten und Pflichten ist. Für die OHG und die KG kann hieran kein Zweifel bestehen, da § 124 HGB für sie ausdrücklich vorsieht, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen. ⁵⁾ OHG und KG sind deshalb selbst als Rechtsträger anzusehen.

Die BGB-Gesellschaft ist dagegen nur in geringerem Umfang als rechtliche Einheit ausgestaltet. Der Einheitsgedanke ist jedoch auch bei ihr so weit verwirklicht, daß sie als Träger von Rechten und Pflichten angesehen werden kann. ⁶⁾ Es kann hier offen bleiben, ob der BGB-Gesellschaft ganzallgemein eine Teilrechtsfähigkeit zuzusprechen ist. ⁷⁾ Für das GWB ergibt bereits die Gesetzes-systematik, daß das Gesetz auch die BGB-Gesellschaft als einheitliches Zurechnungssubjekt der unternehmensbe-gründenden Handlungen ansieht. In seiner Grundnorm,

4) So aber die in Fn. 3 Genannten; einschränkend jetzt auch Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 1 Rdnr. 6.

5) Eingehend Westermann, Handbuch der Personengesellschaften I, Rdnr. 336 ff.

6) Grundlegend Fabricius, S. 158 ff.

7) Fabricius, S. 158.

Bemerkenswert ist, daß auch im Konzernrecht die BGB-Gesellschaft als Unternehmen betrachtet wird, obwohl §§ 15 f., 291 f. AktG ebenfalls einen Vertragsschluß voraussetzen; vgl. Bienkopf/Koppensteiner, (Forts. S. 38)

dem § 1, behandelt das GWB nämlich Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen völlig gleich. Für die Kartelle als Sonderfall der Vereinigungen von Unternehmen stellt schon die Regierungsbegründung ⁸⁾ klar, daß diese auch als Gesellschaft bürgerlichen Rechts organisiert sein können. Im Anschluß daran ist im Schrifttum unbestritten, daß auch die nichtrechtsfähigen Personenvereinigungen unter Einschluß der BGB-Gesellschaft als Unternehmensvereinigungen im Sinne des § 1 anzusehen sind. ⁹⁾ Bestätigt wird dies durch § 36, der für den Fall nichtrechtsfähiger Vereinigungen die Bestellung eines Vertreters zur Vertretung gegenüber den Kartellbehörden ausdrücklich vorsieht. Das Gesetz selbst betrachtet also nichtrechtsfähige Vereinigungen als taugliche Normadressaten. Damit ist allerdings nicht gesagt, daß jede Vereinigung von Unternehmen automatisch zum Unternehmen wird, sonst hätte es ihrer gesonderten Nennung auch nicht bedurft. ¹⁰⁾ Nach

Forts. Fn. 7 von S. 37:

Kölner Kommentar, § 15 Rdnr. 13; Möhring, NJW 1967, S. 1; eingehend Koppensteiner, ZHR 131 (1968), S. 315 ff., der im Konzernrecht einen induktiven Nachweis für die Richtigkeit der Theorie der relativen Rechtsfähigkeit im Sinne von Fabricius sieht. Das GWB wäre also eine weitere Bestätigung dieser These. Auch zum Unternehmensbegriff im Arbeitsrecht, zu dessen Voraussetzungen ein einheitlicher Rechtsträger gehören soll, wird die BGB-Gesellschaft unbestritten als ein solcher Rechtsträger angesehen, vgl. Fabricius, GK, § 47 Rdnr. 70; Dietz/Richardi, § 1 Rdnr. 71, jeweils mit umfangreichen Nachweisen.

8) Teil C 5 zu § 1, abgedr. in GK, 1. Aufl., S. 1077.

9) Müller-Henneberg, GK, § 1 Rdnr. 20; Müller/Giessler, § 1 Rdnr. 47, jeweils m.w.N.; Baumbach/Hefermehl, 8. Aufl., § 1 Rdnr. 14.

10) Müller/Giessler, § 1 Rdnr. 47.

dem hier vertretenen Ansatz ist es allein entscheidend, ob diese Vereinigung selbst die erforderlichen Handlungen vornimmt. Die Nennung der Unternehmensvereinigung zeigt aber, daß es für den Unternehmensbegriff im GWB auf die Rechtsfähigkeit im zivilrechtlichen Sinne nicht ankommen kann. ¹¹⁾ Nicht nur die Rechtsform, ¹²⁾ sondern die Rechtsfähigkeit überhaupt ist für den Unternehmensbegriff im Sinne des GWB unerheblich. ¹³⁾ Es genügt die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein. Um Mißverständnisse zu vermeiden, soll deshalb im folgenden vom Unternehmen nicht als einem Rechtsträger - dies wird allzu leicht als ein Hinweis auf die notwendige Rechtsfähigkeit verstanden -, sondern als einem Zurechnungsträger gesprochen werden.

-
- 11) Am Beispiel der Vereinigungen von Unternehmen wird auch deutlich, daß der angeblich zwingende Schluß vom Vertragsschluß auf die Rechtsfähigkeit des Unternehmens im GWB unzutreffend ist.
- 12) So schon die Reg.Begr., Teil C 1 c zu § 1, abgedr. in GK, 1. Aufl., S. 1076.
- 13) Im Ergebnis h. M.: Müller-Henneberg, GK, § 1 Rdnr. 5; Müller/Giessler, § 1 Rdnr. 39; Haberkorn, GRUR 1962, S. 450; Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 1 Rdnr. 6, jeweils mw.N.

IV. Wirtschaftliche Selbständigkeit

Weit verbreitet ist die Auffassung, Unternehmen im Sinne des GWB könnten nur wirtschaftlich selbständige Subjekte sein. Im Normalfall werden rechtliche und wirtschaftliche Selbständigkeit zusammenfallen. Etwas anderes gilt allerdings für den Konzern, der gerade als Zusammenfassung rechtlich selbständiger Unternehmen unter einheitlicher Leitung definiert wird. Für Konzerntatbestände wird die Frage nach der Erforderlichkeit wirtschaftlicher Selbständigkeit deshalb relevant. Diskutiert wird insbesondere, ob konzerninterne Vereinbarungen sowie die Konzerngründung selbst dem § 1 unterfallen können. Es soll deshalb im folgenden untersucht werden, ob diese beiden Problem-bereiche durch die Einbeziehung der wirtschaftlichen Selbständigkeit in den Unternehmensbegriff einer sinn-vollen Lösung näher gebracht werden können.

1. Die Behandlung konzerninterner Wettbewerbs-beschränkungen

a) Lösungsversuche über den Unternehmens-begriff

Soweit die Freistellung sog. konzerninterner Wettbewerbs-beschränkungen von der Anwendung des GWB mit dem Unter-nehmensbegriff begründet wird, finden sich regelmäßig zwei sehr ähnliche und auf derselben Grundlage beruhende Argumente. Konzerntöchter sollen mangels wirtschaftli-cher Selbständigkeit keine Unternehmen sein. Sie könnten

deshalb keine Vereinbarungen nach § 1 schließen.¹⁾ Als Unternehmen sei vielmehr der Konzern selbst aufzufassen, so daß Vereinbarungen innerhalb eines Konzerns nie Verträge zwischen Unternehmen, sondern innerhalb eines Unternehmens seien.

In dieser Allgemeinheit läßt sich das Erfordernis der wirtschaftlichen Selbständigkeit keinesfalls aufrechterhalten. Man schließt sonst auch Kartellvereinbarungen von konzernabhängigen Unternehmen mit Konzernaußenseibern von der Anwendung des GWB aus.²⁾

aa) "Gespaltenen Unternehmensbegriff"
für die Konzerntöchter

Es ist aber gänzlich unbestritten, daß Rechtsbeziehungen zu konzernabhängigen Unternehmen dem GWB unterfallen müssen. Um die gewünschte Abgrenzung zwischen Konzerninnenbeziehungen und Konzernaußenbeziehungen dennoch mit dem Unternehmensbegriff begründen zu können, ist ein sog. "gespaltenen Unternehmensbegriff"³⁾ entwickelt worden. Die erforderliche Selbständigkeit besitze

-
- 1) Müller-Henneberg, GK, § 1 Rdnr. 15; Müller/Giessler, § 1 Rdnr. 44; Baumbach/Hefermehl, 8. Aufl., § 1 Rdnr. 16; Rinck, JJB 5, S. 130; Kronstein, Vanderbilt Law Review 11, S. 277.
 - 2) Kritik an der mangelnden Berücksichtigung der Konzernaußenbeziehungen bei Harms, S. 104.
 - 3) Funck, S. 116; ähnlich Miethke, S. 22, der von relativer Selbständigkeit spricht; Leo, Aktuelle Probleme, S. 25, spricht vom "Janus-Kopf" des Unternehmensbegriffs; ebenso Winnefeld, S. 120.

ein konzernabhängiges Unternehmen nur für die externen Beziehungen. Selbst bei einer solchen Trennung in konzerninterne und konzernexterne Beziehungen läßt sich nicht allgemein sagen, daß die Konzerntöchter im Innenverhältnis stets unselbständig, im Außenverhältnis dagegen stets selbständig seien. Beteiligt sich etwa eine Konzerntochter auf ausdrückliche Weisung der Konzernspitze an einem Kartellvertrag mit Dritten, so kann man nicht davon sprechen, daß die Tochter insoweit selbständig handelt. Legt die Konzernspitze dagegen Wert auf Wettbewerb zwischen ihren Töchtern,⁴⁾ und kartellieren sich diese Töchter dennoch (oder gerade deswegen), so läßt sich kaum bestreiten, daß die Töchter insoweit auch im Konzerninnenverhältnis Selbständigkeit demonstrieren.

Ein gespaltener Unternehmensbegriff hat immerhin den Vorteil, die unzutreffende Fragestellung zu vermeiden, welches Subjekt ein Unternehmen "sei".⁵⁾ Auch nach dem hier vertretenen Ansatz kommt es allein darauf an, wann ein Subjekt als Unternehmen handelt. Ein gespaltener Unternehmensbegriff ließe sich also dann begründen, wenn man kartellrechtsrelevante Handlungen danach trennen könnte, ob sie selbständig oder unselbständig vorgenommen werden, wobei die Frage nach den exter-

4) Beste, S. 31 (zitiert nach Harms, S. 83 N. 344), spricht davon, daß Konzernglieder "in eine Konkurrenz untereinander geschickt werden".

5) Siehe dazu allgemein oben S. 18 ff. ; besonders im Zusammenhang mit den konzerninternen Wettbewerbsbeschränkungen weist darauf schon Schmude, S. 64, hin.

nen oder internen Beziehungen nur eine Indizfunktion besitzen könnte. Eine solche Trennung läßt sich jedoch auch hinsichtlich der jeweiligen Handlungen nicht durchführen. Ist an einem Kartellvertrag neben zwei Konzernunternehmen noch ein konzernfremdes Unternehmen beteiligt, ⁶⁾ so müßten die Konzernunternehmen im Rahmen desselben Rechtsgeschäfts, also bei ein und derselben Handlung, sowohl als Unternehmen als auch gleichzeitig als Nichtunternehmen angesehen werden. Für eine solche "Begriffsdialektik" findet sich im GWB kein Anhaltspunkt. ⁷⁾

bb) Der Konzern als Unternehmen

Eine unterschiedliche Behandlung der internen und der externen Beziehung ist allerdings auch ohne eine solche Begriffsspaltung dadurch zu erzielen, daß man generell nicht die Konzernunternehmen, sondern den Konzern selbst als Unternehmen ansieht. ⁸⁾ Konzerninterne Regelungen wären dann stets unternehmensinterne Probleme, die das GWB nicht erfaßt. An Außenbeziehungen wäre dagegen stets der Konzern als Unternehmen beteiligt. Dem Konzern fehlt als bloße Wirtschaftseinheit jedoch die Fähigkeit, Zurechnungsträger von Rechten und Pflichten zu sein, was nach den obengetroffenen Feststellungen aber zu den unabdingbaren Voraussetzungen des kartell-

6) Das Beispiel bilden Götz/Rieger, JuS 1968, S. 395.

7) Leo, aaO., S. 25; Winnefeld, S. 120; für die Untauglichkeit des Unternehmensbegriffs zur Lösung (Forts. S. 44)

rechtlichen Unternehmensbegriffs gehört. Die Konstruktion des Konzerns als BGB-Gesellschaft ⁹⁾ verkennt, daß es jedenfalls bei einem Unterordnungskonzern schon am gemeinsamen Zweck fehlt. ¹⁰⁾

cc) Die Konzernspitze als rechtlicher
Zurechnungsträger aller Konzernhandlungen

Allenfalls käme in Betracht, bei einem Unterordnungskonzern statt der Konzerntöchter nicht den Konzern, sondern lediglich die Konzernmutter als Unternehmen anzusehen. ¹¹⁾ Die notwendige Erfassung von Kartellbe-

Forts. Fn. 7 von S. 43:
des konzerninternen Wettbewerbs auch Bartholomeyczik, Recht im Wandel, S. 324; Götz/Rieger, JuS 1968, S. 395; Miethke, S. 20 ff.; Mulert, S. 26 ff.; Huber, ZHR 131 (1968), S. 211; H. Scholz, S. 67; Grandpierre, S. 81; Ulmer, WuW 1960, S. 172.

Fn. 8 von S. 43:
Kronstein, Vanderbilt Law Review 11, S. 277; Fikentscher, Interessengemeinschaft, S. 53, für die konzernierte IG; a.A. ders., noch in WuW/E BGH 365 (Anm. zu BGH "Gasglühkörper"); Funck, S. 110 ff.; Harms, S. 88 ff.; Harms relativiert die Unternehmenseigenschaft des Konzerns aber wieder, indem er trotz der Betrachtung des Unternehmens als Wirtschaftseinheit die Konzerntöchter im Verhältnis zu Dritten als Unternehmen ansieht, aaO., S. 158; Müller/Giessler, § 1 Rdnr. 44; Müller-Henneberg, GK, § 1 Rdnr. 14.

9) Harms, S. 147.

10) Harms ist mit dieser Auffassung bisher allein geblieben; vgl. Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 18 Rdnr. 5; eingehend Rehbinder, (Forts. S. 45)

ziehungen zu Konzernaußenseibern ließe sich damit aber nur begründen, wenn man derartige Verträge von Tochtergesellschaften unter Durchbrechung ihrer Rechtspersönlichkeit der Mutter auch rechtlich zurechnen würde. Ein solches Hinweggehen über die Rechtsfigur einer juristischen Person kommt jedoch grundsätzlich nicht in Betracht. ¹²⁾ Ein Durchgriff wird ausnahmsweise nur dann zugelassen, wenn anderenfalls Ergebnisse erzielt würden, die mit Treu und Glauben unvereinbar wären. ¹³⁾ Ein derartiger Ausnahmefall kann für die hier zu behandelnden Probleme nicht anerkannt werden, da sich eine sinnvolle Lösung - insbesondere also die Trennung nach internen und externen Beziehungen - aus dem Wettbewerbsbegriff entwickeln läßt. Die von Haberkorn ¹⁴⁾ befürchteten Umgehungsmöglichkeiten im Falle eines Kartellschlusses unter direkter Beteiligung der Konzernspitze bestehen deshalb nicht.

Forts. Fn. 10 von S. 44:

Konzern, S. 76 ff. mit umfangreichen Nachweisen. Es kommt hinzu, daß Harms die von ihm auf diese Weise gebildete Rechtseinheit des Konzerns dennoch wegen mangelnder Rechts- und Handlungsfähigkeit nicht als möglichen Kartellpartner ansieht; aaO., S. 158; welchen Wert die Konstruktion des Konzerns als BGB-Gesellschaft für das Kartellrecht haben soll, bleibt deshalb unklar.

Fn. 11 von S. 44:

So ausdrücklich Rinck, JJB 5, S. 130; Haberkorn, GRUR 1962, S. 451, spricht zwar vom Konzern, meint aber offenbar ebenfalls die Konzernmutter.

12) St. Rechtspr.; zuletzt BGHZ 61, 380 (383).

13) Wilke/Berg/Gotschlig/Gaul, Handbuch der GmbH I, Rdnr. 185 m.w.N.

14) GRUR 1962, S. 451 ff.

Die Konzernmutter ist auch dann, wenn sie als OHG, KG oder BGB-Gesellschaft organisiert ist, soweit rechtlich verselbstständigt, daß sie als Zurechnungsträger eines Kartellvertrages angesehen werden kann. Sowohl die Konzernmutter als auch die Konzerntöchter können deshalb Unternehmen sein. Wer von beiden im Einzelfall als Kartellpartner zu betrachten ist, richtet sich danach, wem der Vertragsschluß rechtlich zuzurechnen ist. Eine Lücke im Gesetz entsteht dadurch nicht, da es für die Unwirksamkeit nach § 1 unerheblich ist, ob die Konzernspitze oder eine Konzerntochtergesellschaft als beteiligtes Unternehmen angesehen werden.

- dd) Das Unternehmen als Rechtseinheit
in den §§ 22 ff.

Bedeutung besitzt die Frage, welchen Unternehmen bestimmte Verhaltensweisen zugerechnet werden, allerdings für die §§ 22 ff. GWB. § 22 verbietet mißbräuchliche Verhaltensweisen nur marktbeherrschenden Unternehmen. Ein mißbräuchliches Verhalten einer nicht marktbeherrschenden Tochtergesellschaft wäre auch dann nicht zu unterbinden, wenn diese einem Konzern angehört, dessen Marktanteile insgesamt zur Marktbeherrschung führen. Um dies zu verhindern, gab schon vor der 2. Kartellnovelle § 22 Abs. 5 a. F. der Kartellbehörde Eingriffsbefugnisse gegenüber jedem Konzernunternehmen, wenn nur der Konzern insgesamt marktbeherrschend war. Richtig ist, daß der Konzern insoweit als Einheit aufgefaßt wird. Diese Vorschrift ließ jedoch nicht den Schluß zu, daß

§ 22 Abs. 5 a.F. den Konzern damit generell als einheitliches Unternehmen ansah. ¹⁵⁾ Wollte man dies annehmen, so wäre die Vorschrift des § 22 Abs. 5 a.F. überflüssig gewesen.

Wo das Gesetz den Konzern als Einheit ¹⁶⁾ betrachtet wissen wollte, hat es also eine besondere Regelung für erforderlich gehalten. Aus dem Ausnahmecharakter dieser Vorschrift folgt also gerade, daß das GWB auch vor der 2. Novelle den Konzern nicht als ein Unternehmen betrachtet hat. Noch deutlicher ist dies durch die 2. Kartellgesetznovelle geworden, obwohl sie den Unternehmensbegriff gerade nicht berührt hat. ¹⁷⁾ § 23 Abs. 1 Satz 2 betrachtet die verbundenen Unternehmen ausdrücklich nur für die Berechnung der Marktanteile, der Beschäftigtenzahl und der Umsatzerlöse als einheitliches Unternehmen. Einer solchen Vorschrift, die § 22 Abs. 3 Satz 2 wiederum nur für die Berechnung der Marktanteile und Umsatzerlöse für anwendbar erklärt, hätte es nicht bedurft, wenn das GWB ohnehin die Wirtschaftseinheit Konzern als ein Unternehmen betrachtet hätte. Stattdessen spricht § 23 Abs. 1 Satz 2 sowohl vom abhängigen, herrschenden als auch vom Konzernunternehmen als den beteiligten Unternehmen.

Damit wird erneut bestätigt, daß das GWB unter einem Unternehmen ausschließlich eine Rechtseinheit versteht.

15) So aber Funck, S. 116; Neumann, WuW 1957, S. 563; H. Scholz, S. 82 ff.; Haberkorn, GRUR 1962, S. 452; Würdinger, WuW 1961, S. 749.

16) Neben § 22 Abs. 5 noch § 23 Abs. 5 a.F.

17) Röhling, DB 1973, S. 1586.

b) Lösungsansatz mit Hilfe des Wettbewerbsbegriffs

Die sachlich berechnete Unterscheidung zwischen reinen Konzerninnebeziehungen und Vereinbarungen unter Ein-schluß konzernfremder Unternehmen ist also keine Frage, die durch die Aufstellung bestimmter Qualifikationsmerkmale für die Normadressaten zu lösen ist. Der die Trennung in interne und externe Beziehungen rechtfertigende Gesichtspunkt besteht nicht in der Selbständigkeit als solcher, sondern in der wirtschaftlichen Unabhängigkeit der beteiligten Unternehmen im Verhältnis zueinander.¹⁸⁾

Dieses Spannungsverhältnis zwischen zwei Unternehmen ist Voraussetzung und Kennzeichen für das zwischen ihnen bestehende Wettbewerbsverhältnis. Wettbewerb ist nach überwiegender Meinung das "selbständige Streben sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsverbindung mit Dritten (Kunden oder Lieferanten) durch Inanspruchnahme günstiger erscheinender Geschäftsbedingungen".¹⁹⁾ Es bedarf hier keiner näheren Überprüfung, inwieweit der Wettbewerb mit dieser Definition vollständig umschrieben ist. Es besteht jedenfalls Einigkeit darüber, daß für das Wettbewerbsverhältnis die Selbständigkeit der zu betrachtenden Unternehmen erforderlich ist. Hierbei kann es für den Begriff des Wettbewerbs noch weniger als für den Unternehmensbegriff auf eine isoliert betrachtete Selbständigkeit ankommen. Die größte Freiheit be-

18) Das betonen besonders Götzt/Rieger, JuS 1968, S. 395.

19) Grundlegend Borchardt/Fikentscher, S. 15; Fikentscher, WuW 1961, S. 790 ff.; ähnlich schon die Reg. (Forts. S. 49)

sitzt der Monopolist, der eben deswegen keinem Wettbewerb ausgesetzt ist. Wettbewerb ist also nur zwischen zwei voneinander unabhängigen Unternehmen denkbar.

Maßgeblich für die Anwendbarkeit des § 1 auf konzerninterne Verbindungen ist also, ob die Konzernunternehmen untereinander im Wettbewerb stehen. Da feststeht, daß der Unternehmensbegriff zur Lösung dieser Frage nichts beizutragen vermag, können sich die folgenden Ausführungen auf eine skizzenhafte Lösung beschränken.

Soweit Unternehmen unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt sind (§ 18 Abs. 1 AktG), besitzen sie keine Selbständigkeit im Verhältnis zum herrschenden Unternehmen. Ebensowenig sind Konzernunternehmen im Verhältnis untereinander selbständig, da sie dem maßgeblichen Einfluß desselben Dritten unterliegen.²⁰⁾ Jedenfalls soweit, wie die Leitungsmacht der Konzernspitze reicht, ist ein Wettbewerb unter den Konzernunternehmen schon begriff-

Forts. Fn. 19 von S. 48:

Begr. Teil C 3 d zu § 1 sowie der Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses zu § 1, abgedr. in GK, 1. Aufl., S. 1076 bzw. 1175; die Rspr. hat bisher trotz einiger Erörterungen des Wettbewerbsbegriffs noch keine eigene Definition gegeben; vgl. die Hinweise bei Emmerich, ZHR 139 (1975), S. 476 (493 ff.); vgl. weiterhin ders., Wettbewerbsrecht, S. 11; Müller/Giessler, § 1 Rdnr. 74; Frankf. Kommentar, § 1 Rdnr. 20; Rasch/Westrick, § 1 Rdnr. 16; Rinck, Wirtschaftsrecht, Rdnr. 757; umfassende Nachweise bei Sandrock, Grundbegriffe, S. 103 ff.; J.F. Baur, ZHR 134 (1970), S. 97 (117 ff.); Knöpfle, S. 97 ff.

20) Götz/Rieger, JuS 1968, S. 395.

lich ausgeschlossen. ²¹⁾ Inwieweit zwischen den einzelnen Konzernunternehmen ein Rivalitätsverhältnis aufrechterhalten oder gar angeordnet wird, ist allein in die Entscheidungsgewalt der Konzernspitze gestellt. ²²⁾ Der konzerninterne Wettbewerb ist Bestandteil der Konzernpolitik und dementsprechend "lenkbar, einsetzbar, gestaltbar, abschaffbar". ²³⁾ Für den Vertragskonzern kann daran kein Zweifel bestehen, da § 308 AktG dem herrschenden Unternehmen ausdrücklich eine Weisungsbefugnis zuerkennt. Auch im faktischen Konzern besitzt das herrschende Unternehmen rechtliche Möglichkeiten, seine geschäftspolitischen Vorstellungen durchzusetzen. ²⁴⁾ Das gilt jedenfalls dann, wenn das herrschende Unternehmen Mehrheitsaktionär ist. Wo im einzelnen im Recht der verbundenen Unternehmen die Grenze zu ziehen ist, bis zu der ein Unternehmen seinen Willen mit rechtlicher Anerkennung gegenüber einem anderen Unternehmen durchsetzen kann, ist allein eine Frage des Konzernrechts. Soweit es daran fehlt, besteht auch keine Leitungsmacht. Eine derartige Unternehmensverbindung ließe dann die Selbständigkeit der beteiligten Unternehmen bestehen. Soweit dagegen die rechtliche Leitungsmacht reicht, ist Wettbewerb unter den verbundenen Unternehmen ausgeschlossen.

21) A.A. insbes. Gansweid, S. 212 ff., 241 f., der insoweit jeglichen Einfluß des AktG auf das GWB leugnet. Aus der unterschiedlichen Zwecksetzung beider Gesetze läßt sich für die Frage ihres Konkurrenzverhältnisses aber nichts entnehmen. Die ausdrückliche Zulassung einer Konzernlenkung muß m.E. aber dem allgemeinen Kartellverbot als Spezialgesetz vorgehen.

22) Ulmer, WuW 1960, S. 173.
(Forts. S. 51)

Die faktische Fähigkeit oder die tatsächliche Ausübung dieser Leitungspotenz²⁵⁾ kann für den vom GWB zu schützenden Wettbewerb dagegen nicht maßgeblich sein.²⁶⁾ Eine "konzernfreie Sphäre", die durch Nichtausübung von Leitungsmacht definiert wird, ist für das Kartellrecht unmaßgeblich. Wenn es der Konzernspitze rechtlich erlaubt ist, Wettbewerb unter den Tochtergesellschaften durch Weisungen jederzeit einzustellen, könnten die Kartellbehörden nur dort eingreifen, wo die Konzernleitung den Wettbewerb duldet. Ein derartiger Wettbewerb stünde unter der aufschiebenden Bedingung seiner jederzeit möglichen Beendigung durch die Konzernspitze. Leo²⁷⁾ sagt zu recht, daß sich Wettbewerbsfreiheit als Voraussetzung für einen vom Kartellrecht zu schützenden Wettbewerb mit einer solchen "bedrohten Freiheit" nicht verträgt. Noch deutlicher wird dies, wenn die Konzernlei-

Fn. 23 von S. 50:

Fikentscher, Interessengemeinschaft, S. 52.

Fn. 24 von S. 50:

Vgl. hierzu näher Grandpierre, S. 138 ff.

25) Leo, Aktuelle Probleme, S. 37, spricht von "relativierter Konzernherrschaft".

26) So aber Baumbach/Hefermehl, 8. Aufl., § 1 Rdnr. 16; Gandenberger, S. 114 ff.; Funck, S. 119 ff.; Bartholomeyczik, GK, 2. Aufl., §§ 23, 24 Rdnr. 22; Würdinger, WuW 1961, S. 748; Huber, ZHR 131 (1968), S. 217; ebenso BKartA, TB 1961, S. 61, wonach das bloße Weisungsrecht nicht zum Wettbewerbsausschluß führt.

27) aaO., S. 39.

tung Rivalität zwischen den Tochtergesellschaften nicht nur duldet, sondern wünscht oder gar anordnet. Kann die Konzernspitze diesen Willen nicht durchsetzen - etwa weil die Tochtergesellschaften ihn durch Kartellierung unterlaufen -, stiege die Kartellaufsicht in der Tat "auf den Rang eines Büttels der Konzernleitung hinab". 28)

2. Die Abgrenzung zwischen Fusion und Kartell

a) Die Untauglichkeit eines isolierten Selbstständigkeitsbegriffs

In ganz verwandter Weise wird der Unternehmensbegriff zur Abgrenzung der Konzerngründung von den Kartellvereinbarungen benutzt. § 1 soll voraussetzen, daß die beteiligten Unternehmen sowohl ihre rechtliche wie wirtschaftliche Selbständigkeit behielten, wohingegen die Konzernbildung gerade zum Verlust der wirtschaftlichen Selbständigkeit eines Unternehmens führe. 29) Sowohl für die Konzernbildung wie für den Kartellvertrag wird damit vorausgesetzt, daß die beteiligten Unternehmen vor der jeweiligen Verbindung wirtschaftlich selbständig waren. In soweit sind die Qualifikationsmerkmale für Kartell- und Konzernpartner gleich.

28) Harms, S. 75; ähnlich im Anschluß daran Müller-Henneberg, GK, § 1 Rdnr. 15.

29) Müller/Giessler, § 1 Rdnr. 45; Müller-Henneberg, GK, § 1 Rdnr. 16; Fikentscher, Interessengemeinschaft, S. 36; Frankf. Kommentar, § 1 Rdnr. 38, 40; Rinck, JJB 5, S. 130; dies entsprach der ganz h.M. zur Kartellverordnung von 1923, umfassende Nachweise bei Harms, S. 40 N. 4 - 12.

Die Frage nach der Aufrechterhaltung der wirtschaftlichen Selbständigkeit als Kennzeichen eines Kartellvertrages ist damit kein Merkmal des Unternehmensbegriffs.³⁰⁾ Man hat stattdessen versucht, diesen Gedanken dem Tatbestandsmerkmal des gemeinsamen Zweckes zuzuordnen. Ein gemeinsamer Zweck könne nur von selbständigen Subjekten verfolgt werden.³¹⁾

Die These von der zumindest vor Konzernbildung erforderlichen wirtschaftlichen Selbständigkeit der beteiligten Unternehmen ist aber in dieser Allgemeinheit ebenso unrichtig, wie dies für Kartelle unter Beteiligung von Konzernunternehmen bereits gezeigt wurde. Ein Beispiel mag das verdeutlichen: Das Unternehmen B ist eine 100 %ige Tochtergesellschaft des Unternehmens A und hat mit diesem einen Beherrschungsvertrag geschlossen. B ist also der Musterfall eines wirtschaftlich unselbständigen Unternehmens. Erwirbt B nun auf ausdrückliche Anweisung von A das Unternehmen C, das zuvor in gleicher Weise vom Unternehmen D abhängig war, und verschmelzen D und C, so sind mit B und C an einem Fusionsvorgang zwei Unternehmen beteiligt, von denen auch vor der Fusion keines die geringste wirtschaftliche Selbständigkeit besaß. Auch

30) Harms, S. 136. Er bezeichnet diese Konstruktion deshalb als "etwas praeter legem" liegend.

31) So Würdinger, WuW 1961, S. 746; für den Fall der Vollfusion ebenso Huber, ZHR 131 (1968), S. 194; Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 1 Rdnr. 52.

am Beispiel der Unternehmenszusammenschlüsse³²⁾ erweist sich damit, daß wirtschaftliche Selbständigkeit kein Merkmal des Unternehmensbegriffs sein kann.

b) "Wettbewerbsbeschränkung" und "Wettbewerbsausschluß" als Abgrenzungskriterien

Entscheidend ist vielmehr auch hier die Selbständigkeit der beteiligten Unternehmen im Verhältnis zueinander. Die nachfolgenden Ausführungen sollen kurz aufzeigen, daß das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung zur Abgrenzung von Fusion, Konzern und Kartell geeignet ist.

Ausgangspunkt aller derartiger Abgrenzungsbemühungen ist die Feststellung, daß eine Fusion dem Verbot des § 1 nicht unterliegt.³³⁾ Allerdings ließe eine rein wörtliche Auslegung des § 1 die Erfassung von Fusionen durchaus zu.³⁴⁾ Auch der Schutz des Wettbewerbs würde durch eine Einbeziehung der Fusion in den Tatbestand des § 1 sogar

32) Gerade für das Verhältnis zwischen § 1 und § 23 GWB, zu deren Unterscheidung die Differenzierung Kartell-Konzern vorgenommen wird, wäre es äußerst ungewöhnlich, wenn das einzige Tatbestandsmerkmal, das in beiden Normen gleich ist - nämlich der Unternehmensbegriff - maßgeblich für die Abgrenzung dieser beiden Normen sein sollte.

33) Nahezu unbestritten, vgl. statt aller Gansweid, S. 213, mit umfangreichen Nachweisen; a.A. Haberkorn, WRP 1967, S. 39 ff.

34) Darauf weisen besonders Deringer/Hermann, BB 1966, S. 1161, hin; ebenso Karte, WuW 1963, S. 572.

optimal verwirklicht. ³⁵⁾ Entstehungsgeschichte und Systematik des Gesetzes lassen jedoch keinen Zweifel daran aufkommen, daß die §§ 1 ff. die Fusion nicht erfassen. ³⁶⁾ §§ 13, 14 und 37 setzen voraus, daß die Kartellpartner ihre rechtliche Selbständigkeit behalten. ³⁷⁾ Die Verschmelzung hebt dagegen die rechtliche Selbständigkeit eines der beteiligten Unternehmen auf.

Im Gegensatz zur Verschmelzung behalten die Unternehmen auch nach einer Konzernbildung ihre rechtliche Selbständigkeit. Die Konzernunternehmen verlieren jedoch ihre wirtschaftliche Selbständigkeit im Verhältnis zueinander. Soweit die Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung für derart verbundene Unternehmen ihre wirtschaftliche Selbständigkeit im Verhältnis zueinander vollständig aufhebt, wird man eine derartige "fusionsähnliche Verbindung" ebenfalls nicht dem § 1 unterstellen können. ³⁸⁾ Eine solche Verbindung führt nicht zu einer Wettbewerbsbeschränkung, sondern zu einem völligen Wettbewerbsausschluß zwischen den verbundenen Unternehmen. ³⁹⁾ Eine bloße Wettbewerbsbeschränkung setzt dagegen voraus, daß ein

35) Karte, WuW 1963, S. 572.

36) Umfassende Nachweise zur Entstehungsgeschichte unter diesem Gesichtspunkt bei Harms, S. 132; Gansweid, S. 213 ff.

37) Darauf hat schon Laufke, Geschäftsbedingungen, S. 46, hingewiesen.

38) Huber, ZHR 131 (1968), S. 194.

39) Deringer/Hermann, BB 1966, S. 1192; dieses Argument ist allerdings nicht "logisch zwingend", was Müller-Henneberg, GK, § 1 Rdnr. 16, kritisiert; es läßt aber eine sachgemäße Problembehandlung ohne Verletzung der Logik zu; mehr ist für die Gesetzesauslegung nicht zu verlangen.

Mindestmaß an Handlungsfreiheit (auf die es allerdings auch nur im Verhältnis der Beteiligten untereinander ankommt) bestehen bleibt. Dieses Ergebnis erscheint unlogisch, weil § 1 damit ein Weniger verbietet (die Beschränkung) ein Mehr (den vollständigen Ausschluß) dagegen erlaubt.⁴⁰⁾ Es ist aber eine Folge der vom Gesetzgeber bewußt vom Kartellverbot freigestellten Fusion.⁴¹⁾ Konzernbildungen sind damit nur insoweit vom Kartellverbot freigestellt, als sie tatsächlich den völligen Verlust der wirtschaftlichen Selbständigkeit eines Unternehmens im Verhältnis zum anderen herbeiführen. Dann, aber auch nur dann, können sie als fusionsähnlich behandelt werden. Das trifft keineswegs bei allen Tatbeständen zu, die das Aktiengesetz als Konzern bezeichnet.⁴²⁾ Die bloße Bezeichnung eines Zusammenschlusses als Konzern führt deshalb nicht notwendig zur Freistellung vom Kartellverbot. Soweit Unternehmensverbindungen den beteiligten Unternehmen noch ein

40) So Langen, 4. Aufl., § 1 Rdnr. 23.

41) Soweit Laufke, Geschäftsbedingungen, S. 47 ff.; Miethke, S. 81 ff., und Haberkorn, WRP 1967, S. 39 ff. § 1 auf die Konzernbildung uneingeschränkt anwenden zu wollen, kann ihnen deshalb nicht gefolgt werden. Dagegen die ganz h.M., umfangreiche Nachweise bei Emmerich/Gansweid, JuS 1976, S. 433 N. 10; eingehend Koch, WiR 1974, S. 54 ff.

42) Eingehend Huber, ZHR 131 (1968), S. 197 ff.; zustimmend Sonnenberger, JurA 1970, S. 496 ff.; einschränkend für den Gleichordnungskonzern auch Mestmäcker, AcP 168, S. 257 ff.

Mindestmaß an wirtschaftlicher Selbständigkeit im Verhältnis zueinander belassen, bleibt Wettbewerb zwischen ihnen möglich. Inwieweit dies der Fall ist, ist eine Frage des Konzernrechts, daß auf diese Weise in das Kartellrecht einwirkt.

c) Das Konkurrenzverhältnis zwischen
§ 1 und § 23

Ebensowenig wie die bloße Bezeichnung als Konzern kann allein die Erfassung einer Unternehmensverbindung durch § 23 eine Anwendung des § 1 ausschließen. Beide Vorschriften behandeln verschiedene Regelungsbereiche. § 23 ist nicht *lex specialis* zu § 1. ⁴³⁾ Die Gesetzesmaterialien, auf die sich die Gegenmeinung beruft, ⁴⁴⁾ sagen hierüber nichts Entscheidendes aus. Zwar stellt der Ausschußbericht zu § 18 (§ 23 GWB) ⁴⁵⁾ klar, daß man von einer Erlaubnispflicht für Unternehmenszusammenschlüsse absehe, bevor man auf diesem schwierigen Gebiet volle Übersicht gewonnen habe. Dem ist aber nicht zu entnehmen, daß der Ausschuß alle in § 23 a. F. aufgezählte Unternehmensver-

43) Ganz h. M. vgl. statt aller, Müller-Henneberg, GK, § 1 Rdnr. 16; Frankf. Kommentar, § 23 Rdnr. 160, jeweils m. w. N.; Klein, S. 38; Deringer/Hermann, BB 1966, S. 1164; Kleinmann/Bechtold, Einl., Rdnr. 73 f.; KG WuW/E OLG 1487 (1495 f.) "Gemeinsame Zementverkaufsstelle".

44) So insbesondere J. Wolff, BB 1966, S. 923; im Ergebnis ebenso Markert, AwD 1964, S. 187, beide für § 23 a. F. Nach der Kartellnovelle 1973 insbes. Ebel, NJW 1973, S. 1577 f.; ders., BB 1974, S. 755 ff. (Forts. S. 58)

bindungen als einen derartigen Zusammenschluß ansah. Dagegen spricht schon die Regierungsbegründung zu § 1. Dort heißt es, daß sich der Entwurf bei der Begriffsbestimmung des Kartellvertrages an die Ergebnisse der bisherigen Entwicklung anlehne.⁴⁶⁾ Gerade zur Kartellverordnung von 1923 war aber nur eine Unternehmensverbindung unter einheitlicher Leitung, also unter Fortfall der wirtschaftlichen Selbständigkeit als kartellfrei angesehen worden.

Es kommt hinzu, daß die Kartellnovelle 73 - offenbar aufgrund der in den 50er Jahren noch nicht vorhandenen Erfahrungen - die seinerzeit offen gelassene Frage der Fusionskontrolle entschieden hat. Die Materialien zur 2. Kartellnovelle enthalten zwar keine Stellungnahme zum Verhältnis

Forts. Fn. 44 von S. 57:

Es ist auffällig, daß das Spezialitätsargument zur a.F. des § 23 wegen dessengeringer Anwendungsbreite dazu benutzt wurde, § 1 für einen großen Teil der Unternehmensverbindungen anwendbar zu machen (deutlich etwa Markert, aaO.), während nach der Erweiterung des § 23 durch die 2. Kartellnovelle das gleiche Argument zu einer starken Einschränkung der Anwendbarkeit des § 1 führt. Der BGH läßt sich für die einschränkende Meinung nicht in Anspruch nehmen. Die hierzu zitierte Entscheidung WuW/E BGH 359 "Gasglühkörper" stellt die Nichtanwendung des § 1 ausdrücklich nur für Verschmelzungen fest.

Fn. 45 von S. 57:

BT-Drucks. II, 3644, abgedr. in GK, 1. Aufl., S. 1191.
46) 1 zu § 1, abgedr. in GK, aaO., S. 1074.

der §§ 23 und 1. Die Behandlung der Gemeinschaftsunternehmen in dieser Novelle läßt jedoch Rückschlüsse auf die Vorstellungen des Gesetzgebers zu. Die Aufnahme der Gemeinschaftsunternehmen in den Katalog des § 23 sollte ermöglichen, derartige Kooperationsformen auch unter dem Gesichtspunkt der Fusionskontrolle zu überprüfen. Der Sinn einer verstärkten Kontrolle der Gemeinschaftsunternehmen würde jedoch in sein Gegenteil verkehrt, wenn man damit alle Unternehmenskooperationen in Form eines Gemeinschaftsunternehmens dem Kartellverbot wegen angeblicher Gesetzesspezialität des § 23 entziehen würde.⁴⁷⁾ Das läßt den Schluß zu, daß auch der Gesetzgeber der 2. Kartellnovelle § 23 nicht als *lex specialis* zu § 1 ansah.

Der Umstand, daß eine Unternehmensverbindung durch § 23 als Zusammenschluß definiert wird, schließt eine gleichzeitige Anwendung des § 1 deshalb nicht aus. Allein Fusionen und fusionsähnliche Konzernbildungen sind Unternehmensverbindungen, die den Wettbewerb zwischen den derart verbundenen Unternehmen ausschließen und nicht nur, wie es § 1 voraussetzt, beschränken. Ein derartiger Zusammenschluß und eine Vereinbarung nach § 1 können deshalb für die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen nicht zusammentreffen.

47) KG WuW/E OLG 1487 "Gemeinsame Zementverkaufsstelle"; zustimmend Möschel, NJW 1975, S. 93 (96 ff.); der BGH hat in der Rechtsbeschwerdeentscheidung (WuW/E BGH 1367) zu diesem Problem zwar nicht ausdrücklich Stellung genommen, er hat das Problem aber nicht offen gelassen, wie v. Hahn, Schwerpunkte 74/75, S. 64, meint, da diese Entscheidung § 1 auf ein Gemeinschaftsunternehmen ohne weiteres angewandt hat.

Das im Frankfurter Kommentar⁴⁸⁾ zum Beweis des Gegenteils gebildete Beispiel läßt sich gerade als Beleg für die hier vertretene Auffassung heranziehen: Die Unternehmen A und B stellen durch ihre jeweiligen Tochtergesellschaften die Produkte X und Y her. Nunmehr vereinbaren A und B, daß A nur noch das Produkt X und B nur noch das Produkt Y herstellt. Gleichzeitig veräußern A und B gegenseitig die entsprechenden Anteile an ihren Tochtergesellschaften. Es ist richtig, daß der Vertrag über die Marktaufteilung nach § 1 zu beurteilen und der Erwerb der Anteile an den Tochtergesellschaften ein Fusionsvorgang nach § 23 Abs. 2 Nr. 2 ist. Am Kartellvertrag sind jedoch allein A und B beteiligt, während ein Zusammenschluß nur zwischen A (oder B) und jeweils erworbener Tochtergesellschaft anzunehmen ist. Die jeweils veräußernde Gesellschaft ist an einem solchen Zusammenschluß nicht beteiligt, da sich die Veräußerung für sie als ein Akt der Dekonzentration darstellt.⁴⁹⁾ Das gilt allerdings nur, wenn der Veräußerer seine Anteile vollständig verkauft. Geschieht dies nur zum Teil, so bilden Erwerber und Veräußerer ein Gemeinschaftsunternehmen. Dies fingiert § 23 Abs. 2 Nr. 2 Satz 3 als Fusion zwischen den beiden Muttergesellschaften. Es handelt sich zwischen diesen beiden Gesellschaften aber

48) § 23 Rdnr. 160.

49) Das ist für den Fall des Anteilserwerbs unstreitig; vgl. Frankf. Kommentar, § 23 Rdnr. 83; Lanzenberger, Auslegungsfragen, S. 86; ders., Schwerpunkte 73/74, S. 37.

gerade nicht um eine fusionsähnliche Konzernbildung im obigen Sinne, so daß die gleichzeitige Anwendung von § 1 und § 23 grundsätzlich möglich bleibt. 50)

50) Die äußerst umstrittene Problematik des Gemeinschaftsunternehmens bedarf hier keiner Erörterung, da der Unternehmensbegriff zu ihrer Lösung mit Sicherheit nichts beitragen kann. Vgl. zum Stand der Diskussion vor der Novelle von 1973 die Arbeiten von Kleim, Gemeinschaftsunternehmen, 1966; J. Wolff, BB 1966, S. 920 ff.; sowie den Literaturbericht von Sonnenberger, JurA 1970, S. 492 ff.; zur Rechtslage nach der Novelle 73 statt aller Emmerich/Gansweid, JuS 1976, S. 432 ff.; Gansweid, S. 212 ff.; v. Hahn, Schwerpunkte 74/75, S. 57 ff.; Kleinmann/Bechtold, Einl., Rdnr. 79 ff.; Koch, WiR 1974, S. 54 ff.; Köhler, Nachfrager, S. 132 ff.; Leube, ZHR 141 (1977), S. 313 ff.; Schmidt, Kartellverbot, S. 157 ff.; Ulmer, ZHR 141 (1977), S. 466 ff., jeweils mit umfangreichen Nachweisen.

V. Die unternehmensbegründenden Handlungen

Nach den bisherigen Ausführungen läßt sich das Unternehmen im Sinne des GWB als der rechtliche Zurechnungsträger bestimmter, die Unternehmenseigenschaft begründender Handlungen definieren. Zu klären ist deshalb im folgenden, welchen Handlungen eine derartige Qualität zukommt.

1. Die Teilnahme am Geschäftsverkehr

Bereits die Begründung des Regierungsentwurfs spricht davon, daß "eine Tätigkeit in der Erzeugung oder im geschäftlichen Verkehr" genüge.¹⁾ Da Tätigkeiten in der Erzeugung nur insoweit kartellrechtsrelevant sind, als sie für den Geschäftsverkehr vorgenommen werden,²⁾ können sie als Unterfall derartiger geschäftlicher Handlungen außer Betracht bleiben. Diese Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr wird vielfach als Unternehmen bezeichnet. Trotz solcher mißverständlicher Formulierungen³⁾ besteht Einigkeit dar-

1) 1 c zu § 1, abgedr. in GK, 1. Aufl., S. 1075.

2) Vgl. Schmude, S. 48; Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 1 Rdnr. 29; WuW/E BGH 605 "Flußspat"; KG WuW/E OLG 1219 "Ölfeldrohre".

3) Entsprechende Kritik schon bei Schmude, S. 47.

über, daß nicht die Handlung selbst, sondern vielmehr der Handelnde als Normadressat Unternehmen anzusehen ist. Die Teilnahme am Geschäftsverkehr ist also nicht das Unternehmen, sondern sie qualifiziert den Zurechnungsträger entsprechender Handlungen als Unternehmen.

Die Gerichte haben sich dieser Definition weitgehend angeschlossen. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH genügt "jede Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr". ⁴⁾ Das Kammergericht spricht etwas präziser, aber ohne sachliche Abweichung von "jeder nicht rein privaten, sich außerhalb des Erwerbslebens abspielenden Tätigkeit". ⁵⁾ Diese Umschreibung des Unternehmensbegriffs wird vielfach als zu weit und unbestimmt kritisiert. ⁶⁾ Festzuhalten ist jedoch, daß die Teilnahme am geschäftlichen Verkehr zwar nicht als alleiniges, wohl aber als unverzichtbares Merkmal des Unternehmensbegriffs unbestritten ist. Die Teilnahme am Geschäftsverkehr ist deshalb als Mindestvoraussetzung für

-
- 4) Grundlegend BGH WuW/E 359 "Gasglühkörper"; umfangreiche Nachweise bei Emmerich, ZHR 139 (1975), S. 478 ff.
- 5) Erstmals KG WuW/E OLG 322 "Vereidigte Buchprüfer"; weitere Nachweise bei Emmerich, aaO., S. 478 ff.; neuerdings spricht das KG (WuW/E OLG 1687 "Laboruntersuchungen") von jedweder "sich auf Waren oder gewerbliche Leistungen erstreckenden Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr"; ähnlich schon BGH WuW/E 1253 (1257) "Nahtverlegung".
- 6) So etwa Müller/Giessler, § 1 Rdnr. 38; Schwarz, S. 42.

die Unternehmenseigenschaft anerkannt. Sie soll deshalb als Ausgangspunkt auch der folgenden Untersuchung zugrunde gelegt und einer näheren Prüfung im Hinblick auf ihre tatsächliche Bedeutung für die Kennzeichnung der Normadressaten des GWB unterzogen werden.

Berechtigung findet eine derartige Definition zunächst darin, daß sie alle außerwirtschaftlichen Vorgänge aus dem Anwendungsbereich des GWB aussondert. Unabhängig vom Streit um den Vorrang der gesellschaftspolitischen oder der wirtschaftspolitischen Schutzfunktion des Gesetzes besteht Einigkeit darüber, daß nur der wirtschaftliche Wettbewerb vom GWB erfaßt und ausschließlich der geschäftliche Verkehr von Wettbewerbsbeschränkungen freigehalten werden soll. Politischer, sportlicher, künstlerischer Wettbewerb werden also vom GWB nicht erfaßt.⁷⁾ Um Mißverständnisse zu vermeiden, soll jedoch schon hier darauf hingewiesen werden, daß auch in diesen Bereichen etwas anderes gilt, wenn sportliche oder künstlerische Leistungen vermarktet werden. Derartige Vorgänge haben ihren Charakter als rein außerwirtschaftliche Verhaltensweisen verloren und lassen sich unschwer als Handlungen im Geschäftsverkehr betrachten.

7) Vielfach wird dies als offenbar selbstverständlich nicht besonders betont; ausdrücklich etwa Gandenberg, S. 21.

2. Die Teilnahme am Markt für Waren und gewerbliche Leistungen

a) Die bisherige Praxis

Eine zentrale Rolle in allen weiteren Bemühungen, die Formel von der "Teilnahme am Geschäftsverkehr" zu konkretisieren, nehmen die Begriffe Waren und gewerbliche Leistungen ein. Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr sei Teilnahme am Markt, also das Anbieten und/oder Nachfragen von oder nach Waren oder gewerblichen Leistungen. Die Qualifikation eines Subjekts als Unternehmen setzt danach seine Marktteilnahme begriffsnotwendig voraus. Soweit ersichtlich, besteht auch über die derart konkretisierte Mindestvoraussetzung des Unternehmensbegriffs in der Literatur Einigkeit.⁸⁾ Trotz ihrer weitergehenden Formulierung wird man auch die Rechtsprechung zu den Vertretern dieser Auffassung zählen können. Bis heute haben die Gerichte stets auf derartige Marktteilnahmehandlungen zur Begründung der Unternehmenseigenschaft recurriert. Die jeweils kartellrechtlich inkriminierten Verhaltensweisen selbst blieben dagegen für die Prüfung der Unternehmenseigenschaft völlig außer Betracht, obwohl es sprachlich unbedenklich möglich wäre, etwa den Abschluß eines Kartellvertrages unter die Formel von der ausreichenden Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr zu subsumieren. Der BGH hat die Möglichkeit, vom Abschluß bestimmter Kartell-

8) Vgl. statt aller, Cramer, S. 88, N 139 mit umfangreichen Nachweisen; Schwarz, S. 44; Schmude, S. 49; Niederleithinger, S. 28.

vereinbarungen unmittelbar auf die Unternehmensqualifikation der Kartellpartner zurückzuschließen, bereits in seiner grundlegenden "Gasglühkörper"-Entscheidung gesehen. ⁹⁾ Der BGH hat sich dort jedoch bewußt auf die bloße Andeutung einer solchen Möglichkeit beschränkt und ist bis heute auf diesen Gedanken nicht zurückgekommen. Allein die Tatsache, daß der BGH seinerzeit die Rechtsfigur des "potentiellen Unternehmens" konstruiert hat, um trotz fehlender "akuter Marktteilnahme" die Unternehmenseigenschaft einer der Beteiligten begründen zu können, macht besonders deutlich, daß das Gericht am Grundsatz der erforderlichen Marktteilnahme als dem entscheidenden Qualifikationsmerkmal für den Unternehmensbegriff festhalten wollte.

Das gilt auch für die "Nahtverlegungs"-Entscheidung des BGH, ¹⁰⁾ wonach es genügen soll, daß eine "Tätigkeit auf den Austausch von Waren oder gewerblichen Leistungen gerichtet ist". Auch hier begründet der BGH die Unternehmenseigenschaft allein damit, daß der Lizenzinhaber mit deren Verwertung gewerbliche Leistungen angeboten habe.

Offenbar in Anlehnung daran spricht auch das Kammergericht ¹¹⁾ davon, "daß jedwede, sich auf Waren oder gewerbliche Leistungen erstreckende Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr genüge". Trotz dieser sprachlich über die

9) BGH WuW/E 359 (361) "Gasglühkörper".

10) WuW/E BGH 1253 "Nahtverlegung".

11) WuW/E OLG 1687 "Laboruntersuchungen".

tatsächliche Anbieter- oder Nachfragertätigkeit hinausreichenden Formulierung, stellt schließlich auch das Kammergericht ausschließlich auf das Angebot gewerblicher Leistungen zur Begründung der Unternehmenseigenschaft ab.

Teilnahme am Geschäftsverkehr wird deshalb durchgehend mit Anbieter- oder Nachfragertätigkeit am Markt gleichgesetzt.¹²⁾ Bei der umfassenden Auslegung, die die Begriffe Waren und gewerbliche Leistungen erfahren haben,¹³⁾ mag man leicht geneigt sein, die Definition des Unternehmensbegriffs damit für weit genug zu halten. Die Formulierung, jede Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr "genüge", läßt auch die Vorstellung erkennen, das Unternehmen über den Normalfall hinaus für den Bereich des GWB besonders weit definiert zu haben. Kritik ist deshalb an dieser Auslegung bisher auch allein wegen des zu großen Begriffsumfangs geübt worden.¹⁴⁾ Ein näheres Zusehen ergibt jedoch, daß mit der Gleichsetzung von unternehmensbe gründender Handlungsweise und Marktteilnahme nicht eine übermäßige Ausweitung, sondern bereits eine Eingrenzung ; des Unternehmensbegriffs vorgenommen wird, die mit der Gesetzessystematik, vor allem aber dem Gesetzeszweck nicht in Einklang zu bringen ist.

12) Weitergehend jetzt allerdings der BGH in WuW/E 1361 "Krankenhauszusatzversicherung". Mit der eigenen Anbieter- und Nachfragertätigkeit war in diesem Fall die Unternehmenseigenschaft der gesetzlichen Krankenkassen nicht mehr zu begründen. Ohne auf die Abweichung von seiner bisherigen Rspr. einzugehen, läßt der BGH deshalb die Steuerung der Mitgliedschaft im Hinblick auf den privaten Krankenversicherungsmarkt zur Begründung der Unternehmenseigenschaft genügen.
(Forts. S. 68)

b) Systematische und teleologische Bedenken

Auffällig ist zunächst, daß mit den Worten Waren und gewerbliche Leistungen Merkmale in den Unternehmensbegriff einbezogen werden, die die meisten materiellen Vorschriften des GWB direkt oder indirekt als eigene, gesonderte Tatbestandsmerkmale verwenden. § 1 etwa verlangt eine bestimmte Beeinflussung des Marktes für Waren und gewerbliche Leistungen. Bestimmte Wirkungen auf diesen Märkten werden damit zur Tatbestandsvoraussetzung des § 1 gemacht. Der Wortlaut des Gesetzes sagt jedoch nichts darüber aus, daß die Normadressaten Unternehmen selbst Waren oder gewerbliche Leistungen anbieten oder nachfragen müßten. ¹⁵⁾

Im Anschluß an Rittner wird das Erfordernis der Marktteilnahme häufig mit Sinn und Zweck des Gesetzes begründet. Danach "sollen die Tätigkeitsbereiche eines jeden Rechtssubjekts von wettbewerbsbeschränkendem Verhalten tunlichst freigehalten werden, welche der Bedarfsdeckung der Bevölkerung in unmittelbarer oder auch mittelbarer Weise dienen, und zwar in Gestalt aller drei möglichen Formen, der Gütererzeugung, des Güterabsatzes und der

Fn. 13 von S. 67:

Vgl. Müller-Henneberg, GK, § 1 Rdnr. 89 ff.

Fn. 14 von S. 67:

So die in Fn. 6 Genannten.

15) Kritik schon bei v. Beringe, DB 1960, S. 409; zust. Haberkorn, GRUR 1962, S. 451.

Dienstleistungen". ¹⁶⁾ Aus einem dermaßen definierten Gesetzeszweck läßt sich eine Gleichsetzung der Normadressaten mit Marktteilnehmern gerade nicht ableiten. Wenn tatsächlich jedes Rechtssubjekt von wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen tunlichst freigehalten werden soll, so ergibt sich für die Qualifikation der "Wettbewerbsbeschränker" nichts. Sieht man vom "potentiellen Wettbewerb" zunächst einmal ab, so ist allerdings richtig, daß Wettbewerb nur zwischen Marktteilnehmern bestehen kann. Als Objekte einer Wettbewerbsbeschränkung kämen danach nur Marktteilnehmer in Betracht. Eine entsprechende Einschränkung für die Normadressaten des § 1 ließe sich daraus aber nur folgern, wenn man zur Verwirklichung dieses Tatbestandes auf die Beschränkung der Innenfreiheit der Kartellpartner abstellen wollte. Es ist jedoch bereits eingehend dargestellt worden, daß entscheidender Zweck des § 1 der Freiheitsschutz Dritter ist, für deren Schutzbedürftigkeit es prinzipiell unerheblich ist, von wem ihre wirtschaftliche Entscheidungs- und Bewegungsfreiheit eingeschränkt wird. Gerade die gewünschte Freihaltung der Tätigkeitsbereiche eines jeden Rechtssubjektes verbietet es, vorschnell den Adressatenkreis entsprechender Schutzvorschriften einzuengen.

16) So Rittner, DB 1957, S. 1092; diese Formulierung hat der BGH wörtlich übernommen in WuW/E BGH 359 (360) "Gasglühkörper"; ebenso Cramer, S. 87; Niederleithinger, S. 28.

3. Das Verhältnis von Marktteilnahme und Kartelltatbestand

Etwas anderes könnte allerdings gelten, wenn die im GWB inkriminierten Verhaltensweisen ohnehin nur von Marktteilnehmern ausgeübt werden könnten. Dann aber wäre eine Einschränkung des Unternehmensbegriffs insoweit überflüssig. Können wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen zu Lasten Dritter dagegen auch von Subjekten bewirkt werden, die selbst nicht am Markt tätig sind, so bedarf eine entsprechende Einschränkung des Adressatenkreises einer Begründung, warum gegenüber Maßnahmen solcher Nicht-Marktteilnehmer die Schutzbedürftigkeit unbeteiligter Dritter entfallen soll. Engt man den Anwendungsbereich des GWB auf Marktteilnehmer ein, so muß gerade zwischen dieser Marktteilnahme und dem Freiheitsschutz Dritter eine Beziehung bestehen, die es rechtfertigt, Dritte gegenüber der positionsverschlechternden Außenwirkungen wettbewerbsbeschränkender Absprachen von Nicht-Marktteilnehmern schutzlos zu lassen.

Die Beziehungen zwischen den im GWB inkriminierten Verhaltensweisen und der Marktteilnahme sind deshalb im folgenden näher zu untersuchen. Nicht seiner praktischen, wohl aber seiner gesetzessystematischen Bedeutung wegen soll Ausgangspunkt dieser Prüfung § 1 sein. Eine derartige Untersuchung erfordert zunächst eine Konkretisierung der Marktteilnahme in zeitlicher Hinsicht.

Zu unterscheiden sind vergangene, gegenwärtige und zukünftige Anbieter- oder Nachfragerhandlungen in ihrem jeweiligen Einfluß auf den Kartelltatbestand. Zusätzlich

ist dabei zu trennen zwischen einer generellen Betrachtungsweise und dem Abstellen auf den Einzelfall, d.h. einer einzelnen Teilnahmehandlung am Markt.

a) Vergangene Marktteilnahme

Betrachtet man zunächst in der Vergangenheit liegende, also abgeschlossene Verhaltensweisen, so liegt ihre Unerheblichkeit für die spätere Qualifikation der Handelnden bei nachfolgenden, kartellrechtlich relevanten Verhaltensweisen auf der Hand. Weder unter dem Gesichtspunkt des Schutzes Dritter noch bei Berücksichtigung der Innenfreiheit der Kartellpartner ist ein Grund dafür ersichtlich, warum ein Subjekt allein deswegen als tauglicher Adressat des § 1 anzusehen sein soll, weil es früher einmal am Markt tätig war. Niemand wird für alle Zukunft allein deshalb zum Unternehmen, weil er bereits einmal als Anbieter oder Nachfrager an den Markt herangetreten ist. Dies gilt in gleicher Weise für dauerhafte wie einmalige Markttätigkeit, soweit sie nur vollständig abgeschlossen ist. Wer vor 10 Jahren ein Handelsgeschäft betrieben hat und damit unzweifelhaft als Unternehmen im Sinne des GWB anzusehen war, seitdem jedoch nur einen privaten Haushalt führt, ist kartellrechtlich nicht anders zu beurteilen, als jede andere Privatperson auch. Eine abweichende Beurteilung könnte allenfalls erforderlich sein, wenn aus der früheren Geschäftstätigkeit noch Restbereiche verblieben sind, die eine jederzeitige Wiederaufnahme dieser Geschäftstätigkeit möglich machen. Diese bloße Möglichkeit der Geschäftstätigkeit wird gemeinhin unter dem Stichwort

"potentielles Unternehmen" diskutiert und soll auch hier später in einem gesonderten Abschnitt behandelt werden.

b) Gegenwärtige (akute) Marktteilnahme

aa) Einzelfallbetrachtung

Stellt man stattdessen auf die gegenwärtige Marktteilnahme ab, müssen die Partner eines Kartellvertrages gerade zum Zeitpunkt des Kartellschlusses als Anbieter oder Nachfrager auf dem Markt für Waren oder gewerbliche Leistungen auftreten. Hier scheidet ein Abstellen auf einzelne Marktteilnahmehandlungen schon aus systematischen Gründen von vornherein aus. Kartellschluß und Warenumsatzgeschäfte müßten genau zum gleichen Zeitpunkt erfüllt werden. Der Abschluß eines Kartellvertrages dient jedoch ausschließlich der Konzertierung zukünftiger Markthandlungen bis hin zu ihrer Verhinderung. Es ist schon denkgesetzlich ausgeschlossen, daß ein Kartellpartner im Moment des Kartellschlusses gleichzeitig noch ein Warenumsatzgeschäft tätigt. Die Betrachtung einzelner, gegenwärtiger Warenumsatzgeschäfte erweist sich damit für die Begründung der Unternehmenseigenschaft als ungeeignet.

Es kommt hinzu, daß ein derartiger Rückschluß von einer einzelnen Markthandlung auf die Qualifikation des Handelnden nur für die Dauer eben dieser Handlung möglich wäre. Nimmt man als Beispiel den Abschluß eines Kauf-

vertrages, so wäre die Unternehmenseigenschaft im Sinne eines "wenn und soweit" ¹⁷⁾ gerade auf dieses Geschäft beschränkt. Bei dem dadurch erfaßten Zeitraum kann es sich nur um denjenigen des Vertragsschlusses selbst handeln. Wollte man stattdessen auf die Dauer der Durchführung eines derartigen Vertrages abstellen, so würde sich eine dauerhafte Unternehmensqualifikation etwa bei Kreditgeschäften im Gegensatz zu sofort abgewickelten Bargeschäften ergeben, ohne daß sich ein sachlich rechtfertigender Grund für eine derartige Differenzierung finden ließe. Sollen also einzelne Anbieter- oder Nachfragertätigkeiten unternehmensbegründend wirken, so ließe dies nur den Schluß zu, daß der jeweilige Anbieter oder Nachfrager gerade für diese einzelne Tätigkeit als Unternehmen anzusehen wäre. Für § 1 bliebe eine derartige Feststellung ohne jeglichen Wert. Erforderlich für den Tatbestand dieser Norm ist, daß die Partner eines Kartellvertrages gerade bei seinem Abschluß als Unternehmen handeln. Ob sie für einzelne Anbieter- oder Nachfragertätigkeiten als Unternehmen anzusehen sind, spielt dagegen keine Rolle.

bb) Bedenken gegen eine generelle Betrachtungsweise

Hält man deshalb an gegenwärtiger Marktteilnahme als entscheidendem Kriterium für die Unternehmenseigen-

17) Eine solche zeitliche und sachliche Beschränkung ist die zwangsläufige Folge eines handlungsbezogenen Kriteriums (Forts. S. 74)

schaft fest, so erfordert dies eine generelle Betrachtungsweise. Als Unternehmen wären deshalb nur solche Subjekte anzusehen, die generell, mit einer gewissen Dauer oder Regelmäßigkeit am Markt teilnehmen.¹⁸⁾ Da zukünftige Verhaltensweisen dann außer Betracht bleiben müssen, läßt sich eine derartige Feststellung nur aus einer Betrachtung bisheriger und noch andauernder Verhaltensweisen ableiten. Unternehmen wäre der Zurechnungsträger kartellrechtsrelevanter Handlungen also nur dann, wenn er bereits am Markt tätig war und diese Tätigkeit auch noch zum Zeitpunkt des Kartellschlusses andauert.

(a) Widerspruch zum funktionalen
Ansatz

Gegen einen derartigen definitorischen Ansatz spricht zunächst, daß damit die allgemein postulierte Funktionalität des Unternehmensbegriffs aufgegeben wird. Bei einem solchen handlungsbezogenen Begriff kommt es gerade nicht darauf an, ob ein Subjekt Unternehmen ist, sondern allein darauf, ob es als solches handelt. Es wurde schon darauf hingewiesen, daß sich die Aussagekraft eines solchen hand-

Forts. Fn. 17 von S. 73:

genen Unternehmensbegriff; besonders deutlich in dieser Richtung KG WuW/E OLG 1429 (1431) "Deutscher Fußball Bund".

- 18) So z.B. Frankf. Kommentar, § 1 Rdnr. 4; Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 1 Rdnr. 8; Müller/Giessler, § 1 Rdnr. 39; Müller-Henneberg, GK, § 1 Rdnr. 5; Rasch/Westrick, § 1 Rdnr. 10; Schwarz, S. 57 ff.; ebenso unter wirtschaftswissenschaftlichen Gesichtspunkten Gandenberger, S. 105 f.

lungsbezogenenBegriffs stets nur auf die Dauer einer solchen Handlung erstrecken kann. Prüft man dagegen, wie oder als was ein bestimmter Rechtsträger generell handelt, auf welche Handlungsweisen er angelegt ist, so fragt man der Sache nach, wer oder was ein Unternehmen ist. Damit ist der eigentliche Wert eines handlungsbezogenen Unternehmensbegriffs wieder verschüttet. Geschichtlicher Ausgangspunkt der Entwicklung einer tätigkeitsbezogenen Betrachtung des Unternehmens über das GWB hinaus war gerade die Erkenntnis, daß nur durch die Betrachtung einzelner Handlungen etwa die Privatsphäre eines Kaufmanns von seiner Geschäftssphäre abzugrenzen ist. ¹⁹⁾

Mit der Feststellung, wegen genereller Marktteilnahme sei ein Subjekt Unternehmen im Sinne des GWB wäre unabhängig von diesen systematischen Bedenken wenig gewonnen. Man wäre ja keinesfalls der weiteren Prüfung enthoben, ob ein solches, generell als Unternehmen qualifiziertes Subjekt auch im konkreten Einzelfall als Unternehmen handelt. Rein private Absprachen (etwa über die Erstellung einer Gästeliste für einen Hausball bis hin zur Neuaufnahme von Mitgliedern in einen Sportverein) erhalten nicht allein deswegen unternehmerischen Charakter, weil die an ihnen Beteiligten ansonsten auf Marktteilnahme angelegt sind. Es ist allerdings zuzugeben, daß derartige Absprachen auch unabhängig vom Unternehmensbegriff keinen Verstoß gegen das GWB darstellen.

19) Siehe oben S. 1 f.

Schwieriger wird die Beurteilung jedoch bereits bei den sogenannten Hilfsgeschäften derartiger, angeblich "echter" Unternehmen. ²⁰⁾ Als solche Hilfsgeschäfte ²¹⁾ betrachtet man etwa Nachfragehandlungen von Wirtschaftseinheiten, die, isoliert betrachtet, keinen Unterschied zur privaten Verbrauchsnachfrage aufweisen. Gerade die Nachfrage zum privaten Verbrauch gilt jedoch nach ganz einhelliger Auffassung nicht als unternehmensbegründend. Es erscheint sehr zweifelhaft, ob eine derart unterschiedliche Beurteilung gleicher Verhaltensweisen tatsächlich gerechtfertigt ist. Zumindest ist zu verlangen, daß derartige Nachfragehandlungen im Zusammenhang mit der generellen Marktteilnahme solcher Wirtschaftseinheiten vorgenommen werden. Erforderlich ist also eine bestimmte Beziehung zwischen genereller Marktteilnahme und derartigen Hilfsgeschäften.

(b) Notwendigkeit eines "zweistufigen" Unternehmensbegriffs

Das Abstellen auf generelle Marktteilnahme führt deshalb notwendigerweise zu einer doppelten Prüfung der Unternehmenseigenschaft im Sinne des GWB. Anhand einer

20) Diesen Ausdruck verwendet Rittner, DB 1957, S. 1093; Müller-Henneberg, GK, § 1 Rdnr. 8, unterscheidet zwischen "Kann-Unternehmen" und "Muß-Unternehmen"; Schwarz, S. 57 ff., spricht vom "Grundtypus" des Unternehmens; keiner dieser Autoren begründet jedoch, auf welcher methodischen Grundlage (Forts. S. 77)

generellen Betrachtungsweise ist zunächst festzustellen, ob ein Subjekt generell als Unternehmen anzusehen ist. Erforderlich ist dann die weitere Prüfung, ob der Zurechnungsträger dieser Verhaltensweisen auch im jeweiligen Einzelfall gerade als Unternehmen gehandelt hat. Im Ergebnis führt dies zu einem zweistufigen Unternehmensbegriff. Der generellen Prüfung der Unternehmenseigenschaft auf der ersten Stufe muß auf der zweiten Stufe die Untersuchung im jeweiligen Einzelfall folgen, ob sich der Zurechnungsträger einer bestimmten Handlung auch hierbei innerhalb des generell gezogenen unternehmerischen Bereichs hält.

Wollte man im Hinblick auf die Gleichsetzung von unternehmensbegründenden Handlungen mit Anbieter- oder Nachfragertätigkeit konsequent bleiben, so könnten auch auf dieser zweiten Stufe erneut nur einzelne Anbieter- oder Nachfragerhandlungen zur Bejahung der Unternehmenseigenschaft führen. Ein derartiges Abstellen auf einzelne Warenumsatzgeschäfte scheidet jedoch aus den oben genannten Gründen aus. Es kommt für § 1 ja nicht darauf an, ob der Inhaber eines Handelsgeschäfts auch bei der Nachfrage nach Spirituosen zu privaten Zwecken als Unternehmen handelt. Diese Qualifikation ist vielmehr allein für den Fall einer entsprechenden Absprache mit anderen Nachfragern festzustellen. Für die Frage, ob ein Subjekt

Forts. Fn. 20 von S. 76:
lage eine solche Aufteilung der Unternehmenstypen
gewonnen wird.
Fn. 21 von S. 76:
Grundsätzlich Rittner, DB 1957, S. 1093.

bei bestimmten Tätigkeiten als Unternehmen handelt, kann deshalb für die kartellrechtlich inkriminierten Verhaltensweisen niemals auf einzelne Anbieter- oder Nachfragertätigkeiten abgestellt werden, sondern nur auf Handlungen, die in einem bestimmten Bezug hierzu stehen. Schon damit wäre der Grundsatz, daß ausschließlich die Teilnahme am Markt unternehmensqualifizierend wirkt, zum Teil aufgegeben. Über die direkte Marktteilnahme hinaus wäre auch bloßen marktbezogenen Handlungen unternehmerischer Charakter zuzuerkennen.

Bei einem derartigen zweistufigen Unternehmensbegriff könnte diese Beziehungshandlung allein jedoch die Unternehmenseigenschaft des Handelnden nicht begründen. Hinzutreten müßte stets die anhand einer generellen Betrachtungsweise vorgenommene Qualifikation als Marktteilnehmer. Dem Abschluß eines Kartellvertrages käme deshalb nur dann unternehmerischer Charakter zu, wenn die Beteiligten eine solche Vereinbarung gerade in ihrer Eigenschaft als Marktteilnehmer schlossen.²²⁾ Da zukünftige Marktteilnahmehandlungen hier außer Betracht zu bleiben haben, ist also zu untersuchen, in welcher Beziehung der Abschluß einer Kartellvereinbarung zum bisherigen Marktverhalten der Beteiligten steht. Ein solcher Bezug läßt sich bei Kartellvereinbarungen eben nicht fest-

22) Die Normadressaten müßten also Unternehmen sein und als solche handeln; in diesem Sinne wohl Niederleithinger, S. 27, der als maßgebliche Frage ansieht, ob "diese Rechtsträger bei der Durchführung der Versorgung und bei dem Abschluß der sich darauf beziehenden Verträge als Unternehmen tätig werden.

stellen. Kartelle dienen ausschließlich der Regelung zukünftigen Marktverhaltens der Beteiligten. Eine Beziehung wird durch den Abschluß eines Kartellvertrages deshalb nur zu zukünftiger Marktteilnahme, aber gerade nicht zur bisher betriebenen Anbieter- oder Nachfragertätigkeit hergestellt.

Kartellverträge werden deshalb von den Beteiligten niemals als bisherige oder aktuelle Marktteilnehmer geschlossen. Setzt man den Unternehmensbegriff mit bisheriger Marktteilnahme gleich, so würden die dermaßen definierten Normadressaten des § 1 niemals in dieser Eigenschaft tätig werden. Wegen fehlenden Handlungsbezugs zwischen Kartellschluß und bisheriger Marktteilnahme könnte ein Kartellvertrag deshalb in keinem Fall von Unternehmen in dieser Eigenschaft geschlossen werden.

(c) Die "Indizfunktion" bisheriger
Marktteilnahme

Auch für den von § 1 intendierten Schutz Dritter ist die bisherige Marktteilnahme der Kartellpartner prinzipiell unerheblich. Positionsverschlechternde Außenwirkungen einer Kartellabsprache können sich für die betroffenen Dritten ausschließlich in der Zukunft ergeben. Wird in die Freiheitssphäre Dritter jedoch tatsächlich eingegriffen, so bleibt es hinsichtlich der Schutzbedürftigkeit dieser Personen unerheblich, welche Funktionen die Kartellpartner bisher am Markt ausgeübt haben.

Allenfalls kann die bisherige Marktteilnahme als ein Indiz für zukünftige Marktteilnahme angesehen werden, aus der ihrerseits wiederum auf mögliche wettbewerbsbeschränkende Wirkungen für Dritte geschlossen werden kann. Maßgeblich für den Ausschluß zukünftigen Wettbewerbs kann jedoch allein zukünftiges Marktverhalten sein. Bisherige Tätigkeit am Markt läßt schon den Schluß auf zukünftige Markthandlungen nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu. Die bisherige Tätigkeit am Markt ist deshalb nur ein Gesichtspunkt neben anderen, aus dem auf die Fähigkeit zu derartigem zukünftigen Marktverhalten geschlossen werden kann. Inwieweit die bloße Fähigkeit zu zukünftigem Marktverhalten für den Unternehmensbegriff ausreichend oder erforderlich ist, gehört zum Problemkreis der potentiellen Unternehmenseigenschaft und soll deshalb später gesondert untersucht werden.

Sachlich bestätigt werden die vorstehenden Ausführungen auch durch eine neuere Entscheidung des BGH.²³⁾ Zwei Ersatzkassen hatten mit vier privaten Krankenkassen eine Vereinbarung getroffen, wonach die privaten Kassen für die Mitglieder der Ersatzkassen besonders günstige Krankenhauszusatzversicherungen anbieten sollten. Die Ersatzkassen wiesen zu diesem Zweck gegenüber ihren Mitglieder auf Faltkarten auf dieses besonders günstige Angebot der vier genannten Privatkassen hin. Der BGH hat diese Kooperation unter § 1 subsumiert, obwohl die Ersatz-

23) WuW/E BGH 1361 "Krankenhauszusatzversicherung".

kassen wegen eines entsprechenden gesetzlichen Verbots am Markt für private Zusatzversicherungen selbst überhaupt nicht tätig wurden. Es schied deshalb aus, die Unternehmenseigenschaft der Ersatzkassen mit ihrer Teilnahme an diesem Markt zu begründen. Trotzdem zeigt sich, daß die Ersatzkassen in der Lage waren, in erheblichem Umfange in die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt für Krankenhauszusatzversicherungen einzugreifen. Der BGH hat deshalb die Fähigkeit der Ersatzkassen, die wirtschaftliche Entscheidung ihrer Mitglieder auf dem Zusatzversicherungsmarkt zu "steuern" als ausreichend für die Begründung der Unternehmenseigenschaft angesehen, obwohl die Ersatzkassen weder bei Abschluß der Grundsatzvereinbarung mit den Privatkassen noch bei ihrer Durchführung als "Anbieter oder Nachfrager" gehandelt haben. Wettbewerbsbeschränkende Folgewirkungen zu Lasten anderer Privatversicherer können also auch und gerade von derartigen Nichtmarktteilnehmern ausgehen. Ohne es auszusprechen, hat der BGH deshalb der Sache nach von der Wettbewerbsbeschränkung auf die Unternehmenseigenschaft der Wettbewerbsbeschränker zurückgeschlossen.

c) Kartellschluß als Vorbereitung zukünftiger
Markthandlungen

Als einzige Möglichkeit, die Marktteilnahme als Erfordernis des Unternehmensbegriffs zu rechtfertigen, verbleibt damit das Abstellen auf zukünftige Geschäftstätigkeit. Auch hier ist zunächst offensichtlich, daß eine isolierte Betrachtung zukünftiger Markthandlungen weder im

Einzelfall noch generell Aussagekraft für die Bestimmung der Normadressaten des GWB besitzt. Niemand erhält hic et nunc eine bestimmte, ihn gegenüber anderen unterscheidende Qualität, nur weil er irgendwann in der Zukunft als Anbieter oder Nachfrager an den Markt für Waren oder gewerbliche Leistungen herantritt. Diese besondere Qualität könnte ja durch derartige Markthandlungen frühestens mit ihrer tatsächlichen Aufnahme entstehen. Zu diesem Zeitpunkt wären derartige Verhaltensweisen wieder als gegenwärtige Marktteilnahme zu betrachten, deren Unerheblichkeit für den Unternehmensbegriff sich soeben erwiesen hat.

Im übrigen gilt für eine derartige isolierte Betrachtungsweise zukünftiger Marktteilnahme das Gleiche wie für eine vollständig abgeschlossene Geschäftstätigkeit. Erforderlich bleibt in jedem Fall, daß die Normadressaten des GWB gerade bei der jeweiligen Tatbestandsverwirklichung als Unternehmen handeln. Die jeweils kartellrechtlich relevante Handlung und die zukünftige Marktteilnahme müssen also zwangsläufig in enger Beziehung zueinander stehen. Gerade am Beispiel des Kartellverbots wurde bereits darauf hingewiesen, daß sich dieses gegen bestimmte Formen der Konzertierung zukünftigen Marktverhaltens wendet.

(a) Unternehmenseigenschaft und Zeitpunkt des Kartellschlusses

Anders als bei bisheriger oder gegenwärtiger Marktteilnahme läßt sich deshalb zukünftiges Marktverhalten nicht

von vornherein als bedeutungslos für die Bestimmung der Normadressaten ausschließen. Gleichwohl kann bei der bisher zugrunde gelegten Gleichstellung von Marktteilnahme und Unternehmenseigenschaft eine einzelne Handlung mit bloßem Bezug zu zukünftigem Marktverhalten die Unternehmenseigenschaft allein nicht begründen. Hält man an dieser Gleichsetzung fest, so dürfte man die Unternehmenseigenschaft von solchen Subjekten, die sich in ihrem zukünftigen Marktverhalten binden, erst mit der tatsächlichen Aufnahme dieser Geschäftstätigkeit bejahen. Das hätte zur Folge, daß man das Eingreifen des Kartellverbots auf den Zeitpunkt der Durchführung dieses Kartells hinausschieben würde. Gegen eine derartige Bestimmung des Unternehmensbegriffs spricht schon der Wortlaut des § 1, der davon ausgeht, daß bereits der Kartellvertragschluß von Unternehmen vorgenommen wird.²⁴⁾ Grundsätzlich wird man deshalb davon ausgehen müssen, daß die Unternehmenseigenschaft der Kartellpartner bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorliegen muß.

Die praktischen Auswirkungen einer derartigen zeitlichen Verschiebung des Unternehmensbegriffs sind im Regelfall allerdings unerheblich. Relevant kann die Beschränkung des Wettbewerbs grundsätzlich erst mit Durchführung der zukünftigen Geschäftstätigkeit werden. Etwas anderes gilt jedoch für den Fall der Verpflichtung eines

24) Das ist jedenfalls als Grundsatz unbestritten; streitig ist im Rahmen vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen nur geworden, ob die Unternehmenseigenschaft schon vor Abschluß eines solchen Vertrages vorliegen muß; (Forts. S. 84)

Kartellpartners, sich in Zukunft überhaupt nicht mehr als Wettbewerber am Markt zu beteiligen. Dann zeigt sich, daß eine zeitliche Verlagerung der Unternehmenseigenschaft auf spätere, tatsächliche Marktteilnahme nicht in Betracht kommt. Gerade die stärkste Form der Wettbewerbsbeschränkung kann nicht durch ein solches Verständnis des Unternehmensbegriffs vom Kartellverbot völlig ausgenommen werden.

(b) "Künftige" Unternehmen

Deshalb ist bei der Erörterung dieses Beispiels die Forderung aufgestellt worden, § 1 auch auf Bindungen zu erstrecken, die die Beteiligten erst als künftige Unternehmen treffen sollen.²⁵⁾ Diesem Vorschlag ist im Ergebnis zuzustimmen, weil er das Entstehen einer sachlich nicht vertretbaren Lücke vom Kartellverbot verhindert. Diese Lösung beharrt jedoch auf der grundsätzlichen Gleichsetzung von Marktteilnahme und Unternehmenseigenschaft und läßt nur für den eben skizzierten Sonderfall eine

Forts. Fn. 24 von S. 83:

dagegen etwa Kreis, BB 1967, S. 942; kritisch hierzu Cramer, S. 89 ff.; offengelassen ist diese Frage von BGH WuW/E 712 (714) "Bierbezug".

- 25) Baumbach/Hefermehl, 8. Aufl., § 1 Rdnr. 19; im Ergebnis ebenso wohl Schmude, S. 82 ff., wenn er Wettbewerbsverbote von Arbeitnehmern für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses dem § 18 unterstellt. Ebenso Müller-Henneberg, GK, § 1 Rdnr. 10; im Ergebnis ähnlich Klaue, WuW 1961, S. 323, 325.

Ausnahme zu. Erweist sich die Einbeziehung derartiger Fälle in den Anwendungsbereich des § 1 gerade unter Zweckgesichtspunkten als notwendig, so ist nicht einzusehen, warum man zu einer derartigen Konstruktion greift, um die zunächst postulierte Gleichsetzung von Unternehmen und Marktteilnahme aufrechtzuerhalten. Verlangt der Gesetzeszweck die Einbeziehung derartiger Fälle, so erweist sich vielmehr der Unternehmensbegriff, dessen Auslegung durch den Gesetzeszweck entscheidend beeinflusst wird, als der geeignete Anknüpfungspunkt. Bedürfen Bindungen, die ein Subjekt als zukünftiger Marktteilnehmer (genauer: für den Fall zukünftiger Marktteilnahme) eingeht, einer Erfassung durch § 1, so liegt es deshalb nahe, als entscheidende unternehmensbegründende Handlung nicht erst die tatsächliche Anbieter- oder Nachfragerfähigkeit, sondern bereits alle Handlungen anzusehen, die in einer wettbewerbsrechtlich relevanten Beziehung hierzu stehen. Es bedarf hier keiner weiteren Erörterung, welche Handlungen einen genügend engen Bezug zu späterer Marktteilnahme aufweisen. Sämtliche kartellrechtlich inkriminierte Verhaltensweisen von Unternehmen zielen auf die Regelung zukünftigen Marktverhaltens. Die Zurechnungsträger dieser Verhaltensweisen handeln bei der Verwirklichung derartiger Kartelltatbestände also stets als zukünftige Marktteilnehmer. Dies gilt selbst für den völligen Ausschluß zukünftiger Geschäftstätigkeit, da auch dieses Verbot Wirkung erst für den theoretischen Fall einer solchen Marktteilnahme erhält. Bei der funktionalen Fragestellung, wann ein Subjekt als Unternehmen handelt, liegt es deshalb nahe, bereits alle derartigen Beziehungshandlungen als unternehmensbegründend anzusehen.

d) "Potentielles" Unternehmen

Wohl aus der Schwierigkeit, die postulierte Gleichsetzung von tatsächlicher Marktteilnahme und Unternehmenseigenschaft mit dem Schutzzweck des GWB in Einklang zu bringen, rührt der Versuch her, ausnahmsweise nicht die tatsächliche, akute Marktteilnahme für den Unternehmensbegriff zu fordern, sondern die mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit festzustellende Fähigkeit hierzu ausreichen zu lassen.²⁶⁾ Auch hier ist in gleicher Weise wie bei tatsächlicher Marktteilnahme zu fragen, für welchen Zeitraum eine derartige Fähigkeit festzustellen ist.

(a) Die "Gasglühkörper" -Entscheidung
als Ausgangspunkt

Nachdem sich die Unerheblichkeit bisheriger bzw. gegenwärtiger Marktteilnahme für den Unternehmensbegriff herausgestellt hat, kann die bloße Fähigkeit hierzu erst recht nicht unternehmensbegründend wirken. Am Beispiel der grundlegenden "Gasglühkörper" -Entscheidung des BGH soll dies verdeutlicht werden. Das Gericht hat einen Vertrag unter § 1 subsumiert, an dem eine Partei beteiligt war, die seit Kriegsende bis zum maßgeblichen Stichtag am 1. Juli 1958 selbst nicht als Anbieter oder Nach-

26) Grundlegend BGH WuW/E 359 "Gasglühkörper"; zust. Müller-Henneberg, GK, § 1 Rdnr. 10; Müller/Giessler, § 1 Rdnr. 42; Schmude, S. 59 ff.; Schwarz, S. 183; Haberkorn, GRUR 1962, S. 450.

frager im Gasglühkörper-Geschäft aufgetreten war. Der BGH hat die Unternehmenseigenschaft dieses Beteiligten damit begründet, daß für ihn trotzdem jederzeit die Möglichkeit zur Wiederaufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit bestanden habe. Wörtlich führt das Gericht aus: "Sie hatte vor dem Kriege und während des Krieges als Herstellerin und Verkäuferin von Gasglühkörpern unzweifelhaft die Unternehmenseigenschaft und hat diese Eigenschaft durch die während des Krieges und nach dem Kriege eingetretenen Ereignisse nicht verloren". Hierbei war nach Auffassung des BGH maßgeblich, daß die Firma als GmbH bestehen blieb, der Kundenstamm sowie der Maschinenpark und Warenzeichen erhalten und die Gesellschaft mittelbar über eine Vertriebsgemeinschaft mit ihrem Kartellpartner noch am Markt blieb. Indem das Gericht von der Fähigkeit der Wiederaufnahme der Geschäftstätigkeit noch vor dem Inkrafttreten des GWB spricht, macht es deutlich, daß es auch für die potentielle Unternehmenseigenschaft auf die bisherige bzw. gegenwärtige Fähigkeit zur Marktteilnahme abstellt. Der BGH hätte folgerichtig anders entscheiden müssen, wenn die gleiche Verpflichtung, in Zukunft nicht auf dem Gasglühkörper-Markt tätig zu werden, von einer Person übernommen worden wäre, die bisher auf diesem Markt weder eine Tätigkeit entfaltet hätte noch dazu in der Lage gewesen wäre. Eine derartige Differenzierung läßt sich unter Schutzzweckgesichtspunkten jedoch nicht aufrecht-erhalten.

(b) "Potentieller" Wettbewerb ohne
aktuelle Marktteilnahme

Dagegen mag man einwenden, daß ein Kartellvertrag kaum zwischen Parteiengeschlossen werden dürfte, die bisher weder am Markt teilgenommen haben noch dazu in der Lage sind. Immerhin spricht bereits der Abschluß eines Kartellvertrages dafür, daß die vertragschließenden Parteien selbst mit einer derartigen Möglichkeit durchaus rechnen. Verpflichtet sich etwa der Inhaber eines neu erworbenen Patents, der darüber hinaus über erhebliche Finanzmittel verfügt, zu derartiger Abstinenz, so wird deutlich, daß dieser Vertrag allein wegen der Möglichkeit späterer, also zukünftiger Konkurrenztätigkeit des Patentinhabers zustande kommt. Ohne daß der Patentinhaber bisher am Markt aufgetreten ist oder auch nur eine einigermaßen realistische Befähigung hierzu besaß, besteht zwischen den vertragschließenden Parteien zumindest eine potentielle Wettbewerbssituation, die durch eine derartige Vereinbarung beseitigt wird. Da bereits potentieller Wettbewerb des Schutzes durch das GWB bedarf, muß es ausreichen, auch den potentiellen Wettbewerber als Adressaten des Kartellverbots anzusehen. ²⁷⁾

Von Bedeutung für das GWB ist stets nur das in der Zukunft bestehende Wettbewerbsverhältnis. Eine derartige Potenz zur Aktualisierung künftigen Wettbewerbs kann

27) Es ist deshalb falsch, wenn Müller/Giessler, § 1 Rdnr. 42, gerade umgekehrt aus der Anerkennung des potentiellen Unternehmens auf die Schutzwürdigkeit des potentiellen Wettbewerbs schließen.

aus sehr verschiedenen Gründen bestehen, von denen Restbestände aus früheren Geschäftsbeziehungen nur eine Möglichkeit darstellen. Wollte man potentiellen Wettbewerb nur dann dem Anwendungsbereich des GWB unterwerfen, wenn eine solche Fähigkeit aus früherer Geschäftstätigkeit herrührt, würde man in einer Weise differenzieren, für die sich unter dem Gesichtspunkt der Schutzbedürftigkeit gerade des zukünftigen Wettbewerbs kein Grund finden läßt. Es macht z.B. keinen relevanten Unterschied, ob jemand einen Geschäftsbetrieb erbt und als erste Geschäftshandlung einen Kartellvertrag schließt oder ob der Erbe eines bloßen Millionenvermögens in Bargeld in der Absicht, hiermit einen Geschäftsbetrieb aufzubauen, zur Sicherung eines entsprechenden Marktanteils seine Geschäftstätigkeit mit dem Abschluß eines Gebietsschutzabkommens eröffnet.

Auch dann, wenn eine bisher bereits am Markt tätige Person einen Kartellvertrag schließt, muß ihre Stellung als potentieller, zukünftiger Wettbewerber nicht aus der bisherigen Geschäftstätigkeit herrühren. War z.B. ein Kaufmann bisher auf dem Markt für Backwaren tätig und beabsichtigt er nunmehr, seine Gewinne auf dem Markt für Schiffsbau zu investieren, so unterscheidet ihn auf diesem Markt nichts von einer lediglich finanziell potenten Person. Es hat deshalb keinen Sinn, einen solchen Backwarenhersteller allein wegen dieser bisherigen Tätigkeit zum tauglichen Adressaten des Kartellverbots auch auf dem Markt für Schiffsbau zu machen, den bloßen Inhaber entsprechender Finanzmittel dagegen hiervon freizustellen.

(c) Identität zukünftiger und potentieller Marktteilnahme

Genügt für den Unternehmensbegriff also die Fähigkeit zur Marktteilnahme, so kann stets nur die Fähigkeit zu zukünftiger Marktteilnahme gemeint sein. Als Unternehmen handelt ein Subjekt beim Abschluß eines Kartellvertrages also nur, wenn es dabei als zukünftiger Marktteilnehmer tätig wird. Kartellschluß und zukünftige Marktteilnahme müssen miteinander korrespondieren. Ebenso wie es sich bei potentieller Marktteilnahme stets nur um zukünftige Marktteilnahme handeln kann, ist zukünftige Marktteilnahme immer nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit festzustellen. Zukünftige Marktteilnahme ist deshalb immer potentielle Marktteilnahme. Bisher wurde mit der Rechtsfigur des potentiellen Unternehmens als Ausnahmefall der an sich notwendigen akuten Marktteilnahme der Eindruck erweckt, als ob es im Regelfall für die Normadressaten um akute Marktteilnahme ginge. Eine derartige Feststellung läßt sich für die allein maßgebliche zukünftige Marktteilnahme nie mit Sicherheit treffen. Ob die Partner einer Kartellvereinbarung in Zukunft am Marktgeschehen teilnehmen oder nicht, läßt sich unabhängig vom Inhalt dieser Vereinbarung nur mit mehr oder weniger großer Wahrscheinlichkeit schätzen. Mit absoluter Sicherheit ist eine Voraussage über die tatsächliche Marktteilnahme in der Zukunft weder zu bejahen noch auszuschließen. Insofern ist potentielle Marktteilnahme als Voraussetzung für den (potentiellen) Unternehmensbe-

griff nicht die Ausnahme, sondern gerade der Regelfall. 28)

(d) Untauglichkeit eines Wahrscheinlichkeitsmaßstabs

Eingrenzungsfunktion kann das Abstellen auf derartige Fähigkeiten zu zukünftiger Marktteilnahme für den Unternehmensbegriff deshalb nur haben, wenn man nicht die rein theoretische Fähigkeit genügen läßt, sondern ein gewisses Mindestmaß an Wahrscheinlichkeit fordert. Hier befindet sich die Nahtstelle zwischen den Begriffen potentieller Wettbewerb und potentiell Unternehmen. Es erscheint durchaus zweifelhaft, ob auch ein nur "theoretisch denkbarer Wettbewerb" noch vom GWB geschützt wird. 29)

Es wurde jedoch bereits darauf hingewiesen, daß der Abschluß entsprechender Kartellabreden ein starkes Indiz für bestehenden Wettbewerb darstellt. Jedenfalls die Kartellpartner gehen doch wohl von einer solchen Wettbewerbs-situation aus. Dennoch kann im Einzelfall ein akutes Wettbewerbsverhältnis zwischen den Beteiligten fehlen. Schon wegen der äußerst schwierigen Abgrenzungsfragen im Einzelfall erscheint die Ansiedlung dieses Problems beim

28) Bereits Schmude, S. 60 ff., hat den Ausdruck "potentielles Unternehmen" kritisiert, weil damit der Eindruck erweckt werde, es handele sich um ein Wirtschaftssubjekt minderen Ranges.

29) Dagegen etwa Müller-Henneberg, GK, § 1 Rdnr. 63 mit Nachweisen aus der Praxis.

Unternehmensbegriff verfehlt. Es geht insoweit um die Klärung eines Spannungsverhältnisses zwischen zwei oder mehreren Beteiligten. Hierfür bietet sich das Tatbestandsmerkmal Wettbewerb schon deswegen an, weil ein Wettbewerbsverhältnis auch zwischen zwei Handelsgesellschaften fehlen kann, obwohl deren Unternehmenseigenschaft unzweifelhaft ist.

Eine Wahrscheinlichkeitsschätzung als Voraussetzung des Unternehmensbegriffs müßte eine erhebliche Rechtsunsicherheit zur Folge haben. Darüber hinaus können derartige Wahrscheinlichkeiten im Laufe der Zeit stark schwanken. Wäre der notwendige Grad dieser Wahrscheinlichkeit zum Zeitpunkt eines Kartellschlusses noch nicht gegeben, später jedoch entstanden, so wäre kaum zu bestimmen, von welchem Zeitpunkt ab die Nichtigkeitsfolge des § 1 eintreten soll.

Entscheidend kommt jedoch hinzu, daß die Kriterien einer solchen Wahrscheinlichkeitsprüfung keinerlei Bezug mehr zu Handlungen der Normadressaten aufweisen. Stellt man entscheidend auf die Wahrscheinlichkeit zukünftiger Marktteilnahme ab, so gibt man jedenfalls einen handlungsbezogenen Unternehmensbegriff auf. Es ist zwar nicht zu leugnen, daß bisherige wie gegenwärtige Marktteilnahme ein Indiz auch für zukünftige Geschäftstätigkeit darstellen kann. Daß dies nicht der Fall sein muß, zeigt etwa das Beispiel einer konkursreifen Gesellschaft, die trotz oder gerade wegen der bisherigen Geschäftstätigkeit vom Markt verschwinden wird. Es kommt jedoch nicht in Betracht, eine solche Gesellschaft vom Kartellverbot zu befreien.

Andernfalls wäre Kooperation bis hin zur Fusionsähnlichkeit grundsätzlich zulässig, wenn nur einer der Beteiligten mit genügend hoher Wahrscheinlichkeit ohne derartige Vereinbarungen vom Markt ausscheiden würde. 30)

Auch dann, wenn man derartige pathologische Fälle einmal aus der Betrachtung ausklammert, bleiben vor allem gegenständliche Gesichtspunkte für die Begründung der potentiellen Unternehmenseigenschaft maßgeblich. Auch dies kann kurz an der "Gasglühkörper"-Entscheidung des BGH verdeutlicht werden. Die Gründe dafür, daß der als potentielles Unternehmen bezeichneten Gesellschaft diese Qualität zuerkannt wurde, beruhen faktisch - wenn überhaupt - nur zum geringsten Teil auf ihrer schon mehr als 10 Jahre zurückliegenden Marktteilnahme. Entscheidend für die Fähigkeit zur selbständigen Teilnahme am Markt sprachen rein gegenständliche Kriterien, nämlich das Fortbestehen als GmbH, der zum Teil noch vorhandene Maschinenpark sowie das Rohmaterial und schließlich die der Gesellschaft zustehenden Warenzeichenrechte. All dies ließ in der Tat eine nicht unerhebliche Wahrscheinlichkeit im Hinblick auf die Fähigkeit zur zukünftigen Marktteilnahme vermuten. Auch ohne eigene Marktteilnahme in früherer Zeit wäre diese Wahrscheinlichkeitsprüfung jedoch nicht anders ausgefallen. Grundsätzlich unterscheidet sich ein langjährig bestehendes Geschäft von einem

30) In gleicher Weise wären dann "Sanierungsfusionen" grundsätzlich zulässig. Diese Überlegungen haben anscheinend im Fall Karstadt/Neckermann eine Rolle gespielt; vgl. BKartA, TB 1976, S. 79 ff.

gerade eröffneten oder in Kürze zu eröffnenden im Hinblick auf die Wahrscheinlichkeit künftiger Marktteilnahme nicht.

4. Marktteilnahme außerhalb des Kartelltatbestandes

Im Zentrum der bisherigen Ausführungen haben horizontale Wettbewerbsbeschränkungen gestanden. Bei ihnen hat sich gezeigt, daß tatsächliche Marktteilnahme für die Adressaten dieser Normen unerheblich ist. Weitgehend wird der jeweils am § 1 entwickelte Unternehmensbegriff unbesehen für alle anderen Vorschriften des GWB übernommen, weil davon auszugehen sei, daß das Gesetz den gleichen Begriff stets in derselben Bedeutung verwende.³¹⁾ Bei einer dermaßen zweck- und funktionsgebundenen Begriffsbildung kann jedoch ohne eine Überprüfung der Verwendbarkeit dieses Begriffs für andere Normen eine solche Einheitlichkeit nicht unterstellt werden.³²⁾

31) So ausdrücklich noch Langen, 4. Aufl., § 1 Rdnr. 2; Gandenberger, S. 120; eingehend Schmude, S. 72 ff.; Ulmer, WuW 1960, S. 172; der GK erklärt es zwar zu Beginn (Müller-Henneberg, § 1 Rdnr. 5) für grundsätzlich denkbar, daß das GWB den Unternehmensbegriff in verschiedener Bedeutung verwendet, im Rahmen der weiteren Kommentierung wird jedoch regelmäßig auf die im Rahmen des § 1 entwickelte Definition verwiesen, häufig ohne jegliche weitere Ausführungen; so etwa Schwartz, § 15 Rdnr. 6, § 18 Rdnr. 16, wo erneut auf die grundsätzliche Einheitlichkeit des Unternehmensbegriffs hingewiesen wird; (Forts. S. 95)

a) Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen

Bei der Behinderung von Drittmärkten durch vertikale Wettbewerbsbeschränkungen nach den §§ 15, 18 ist noch deutlicher als im Rahmen des § 1 zu erkennen, daß der Normzweck den Schutz der Freiheit dieser Dritten intendiert.³³⁾ Es kann dahingestellt bleiben, ob die Innenfreiheit des gebundenen Vertragspartners ebenfalls vom Schutzzweck dieser Vorschriften erfaßt wird.³⁴⁾ In beiden Fällen erweist sich für den Abschluß solcher vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen die tatsächliche Marktteilnahme der Beteiligten als unerheblich. Hinsichtlich des gebundenen Vertragspartners ist leicht erkennbar, daß seine bisherige oder gegenwärtige Marktteilnahme für seine Schutzbedürftigkeit in gleicher Weise wie für die

Forts. Fn. 31 von S. 94:

ebenso Bartholomeyczik, 2. Aufl., § 22 Rdnr. 4; auch der Frankf. Kommentar, § 23 Rdnr. 26, geht für die §§ 23 ff. grundsätzlich vom gleichen Unternehmensbegriff wie im Rahmen des § 1 aus; ebenso Goldmann, WuW 1963, S. 379, 380; für § 22 ebenso Kleinmann/Bechtold, § 22 Rdnr. 2, anders aber für § 23 f., § 22 Rdnr. 4, § 23 Rdnr. 175 ff.; so jetzt auch Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 23 Rdnr. 35; Grützner, WuW 1978, S. 193 (195 ff.).

Fn. 32 von S. 94:

Kritisch gegenüber einer pauschalen Übernahme des Unternehmensbegriffs aus § 1 schon Schwarz, BB 1973, S. 1285.

- 33) Für diesen Individualschutzcharakter Baumbach/Hefermehl, 8. Aufl., Vorbem. § 15 Rdnr. 1, 2; § 15 Rdnr. 1; Ulmer, ZHR 130 (1968), S. 178; Fikentscher, Vertikale Preisempfehlung, S. 69, 70; eingehend Belke, ZHR 138 (1974), S. 242 ff. (244).
- 34) Für den alleinigen Schutz der beschränkten Vertragspartner des Erstvertrages, Schwartz, GK, § 15 (Forts. S. 96)

letztlich betroffenen Dritten ohne Bedeutung ist. Freiheitsbeschränkende Wirkung kann eine derartige Bindung stets nur im Rahmen zukünftiger Geschäftstätigkeit des Gebundenen entfalten. Preis-, Vertriebs- oder Bezugsbindungen werden auch praktisch nicht selten am Beginn einer geschäftlichen Tätigkeit, also noch vor Aufnahme tatsächlicher Marktteilnahme vereinbart. Bierlieferungsverträge sind hierfür ein deutliches Beispiel. Erst der Abschluß einer solchen Vereinbarung ermöglicht im Regelfall für den gebundenen Vertragspartner die Eröffnung einer Gaststätte.

Weniger praktisch, aber immerhin denkbar erscheint der Abschluß einer Vertriebsbindung, bei der der bindende Partner bisher noch nicht am Markt tätig war. Bei der Einführung neuer, hochwertiger Markenartikel auf entsprechenden Märkten kann es durchaus vorkommen, daß der Aufbau eines bestimmten Vertriebssystems der tatsächlichen Geschäftsaufnahme vorangeht. Aus praktischen wie systematischen Gründen scheidet es aber auch im Rahmen vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen aus, die Unternehmenseigenschaft auf den Zeitpunkt des späteren Beginns tatsächlicher Marktteilnahme zu verschieben. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen für den Bereich horizontaler Wettbewerbsbeschränkungen verwiesen werden.³⁵⁾ Auf die tatsächliche Marktteilnahme kommt es deshalb

Forts. Fn. 34 von S. 95:

Rdnr. 3; allein die Tatsache, daß der Wunsch nach Preisbindungen im Regelfall von der gebundenen Händlerseite ausging (für die Preisempfehlungen gilt dies in gleicher Weise), macht deutlich, daß dies jedenfalls nicht der alleinige Schutzzweck des § 15 sein kann.

35) Siehe oben S. 82 ff.

auch für die Normadressaten der §§ 15, 18 nicht an. Da die Partner vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen ihre Vereinbarung stets mit Zielrichtung auf den Markt für Waren oder gewerbliche Leistungen treffen, handeln sie nach dem hier vertretenen Ansatz dabei stets als Unternehmen.

b) Das Unternehmen als Behandlungsobjekt
in den §§ 25 Abs. 2 und 3, 26 Abs. 1

Normen ganz anderer Struktur begegnen uns in den §§ 25, 26. § 25 Abs. 1 kann hier als ein Unterfall horizontaler Wettbewerbsbeschränkungen außer Betracht bleiben. Nicht nur bei § 1, sondern auch im Rahmen der §§ 15, 18 waren an den wettbewerbsbeschränkenden und zugleich unternehmensbegründenden Verträgen stets zwei oder mehr Unternehmen beteiligt. Alle beteiligten Unternehmen - einschließlich der gebundenen - waren also als Vertragspartner Zurechnungsträger unternehmensbegründender Handlungen. Im Rahmen der §§ 25 Abs. 2 und 3, 26 werden aber nicht mehr bestimmte Handlungsweisen zwischen Unternehmen, sondern Verhaltensweisen von Unternehmen gegenüber anderen Unternehmen geregelt. Standen also bisher stets aktive Verhaltensweisen der beteiligten Unternehmen zur Überprüfung, so erfassen die §§ 25, 26 lediglich wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen eines der beteiligten Unternehmen, von denen das jeweils andere Unternehmen nur passiv betroffen wird. Der Schluß von der kartellrechtlich inkriminierten

Handlung auf die Unternehmenseigenschaft des Handelnden ist hier also allenfalls für die "beschränkenden" Normadressaten möglich. Waren im Rahmen der §§ 1, 15 ff. auch die gebundenen Unternehmen Normadressaten, so ist dies im Rahmen der §§ 25, 26 nicht mehr der Fall. Die bisher ausschließlich verwandte Fragestellung, wann ein Subjekt als Unternehmen handelt, kann für die Betroffenen der jeweiligen Pressionen oder Diskriminierungen im Rahmen dieser Vorschriften deshalb nicht mehr aufrechterhalten werden. Die vor derartigen Maßnahmen geschützten Unternehmen sind insoweit jedenfalls nicht mehr Subjekte einer Handlung, sondern Objekte einer Behandlung. Auch diese Behandlung muß die Betroffenen aber in ihrer Eigenschaft als Unternehmen betreffen. Es kommt also nicht mehr darauf an, wann ein Subjekt als Unternehmen handelt, sondern wann es als solches behandelt wird.

Auch für diese Frage bleibt die bisherige Marktteilnahme der Betroffenen unerheblich. In den §§ 25, 26 geht es ausschließlich um Maßnahmen, die die Betroffenen in ihrem zukünftigen Verhalten binden sollen. Daß es aber auch nicht auf die tatsächliche zukünftige Marktteilnahme ankommen kann, ergibt sich aus den gleichen Gründen wie für die Bestimmung der Normadressaten. Ansonsten könnte gerade die vollständige Verhinderung zukünftiger Marktteilnahme, also der Ausschluß des für den Wettbewerb besonders wesentlichen Marktzutritts - etwa durch Maßnahmen gemäß § 25 Abs. 2 - nicht mehr ausreichend erfaßt werden. Hierfür ist der "Ärztammer"-Fall des Kammergerichts ³⁶⁾ ein deutliches Beispiel. Der Schutz

36) WuW/E OLG 1687 "Laboruntersuchungen".

des § 25 Abs. 2 kann für die betroffenen Laboratorien nicht erst mit Beginn ihrer eigentlichen Angebotstätigkeit einsetzen. Ein Objekt als rechtlicher Zurechnungsträger bestimmter Behandlungen wird also bereits dann als Unternehmen behandelt, wenn sich solche Maßnahmen auf seine zukünftige Teilnahme am Markt beziehen.

Allerdings wird in den Fällen des § 25 Abs. 2 und 3 eine unmittelbare Beziehung zum Markt für Waren und gewerbliche Leistungen nicht hergestellt. Der dort ausgeübte Druck richtet sich nicht unmittelbar auf die einzelnen Warenumsatzgeschäfte des Gebundenen, sondern soll die jeweils nach anderen Kartellvorschriften unzulässige Vorbereitungshandlung erzwingen. Die Betroffenen werden also zu Verhaltensweisen gedrängt, deren Durchführung sie selbst aber zu den Normadressaten Unternehmen der jeweils erfaßten Vorschriften machen würde. Diese Handlungen ihrerseits sind dann unmittelbar auf den Markt für Waren und gewerbliche Leistungen gerichtet. Gerade die mittelbare Beeinflussung des Marktes soll durch die §§ 25 Abs. 2 und 3, 26 Abs. 1 jedoch verhindert werden. Für die Schutzbedürftigkeit der betroffenen Unternehmen macht es keinen Unterschied, ob diese in ihrem Marktverhalten unmittelbar oder mittelbar durch Zwang zum Eingehen einer entsprechenden Selbstbeschränkung behindert werden. Das Gleiche gilt für die durch solche wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen betroffenen Dritten. Insgesamt kann damit auch für die betroffenen Unternehmen im Rahmen der §§ 25, 26 von der jeweils gesetzlich untersagten Behandlung im Sinne eines "wenn oder soweit" auf die Unternehmenseigenschaft zurückgeschlossen werden.

c) Die Bedeutungslosigkeit eigener Marktbe-
zugshandlungen

Im Gegensatz zur bisher allgemein vertretenen Auffassung wird hier nicht erst der Zurechnungsträger von Markthandlungen, sondern bereits von bloßen Marktbezugshandlungen als Unternehmen angesehen. Dies ist zunächst nur eine rein zeitliche Vorverlagerung der Unternehmenseigenschaft, soweit sich die Bezugshandlungen auf eigene zukünftige Marktteilnahme beziehen. Über diese zeitliche Komponente hinaus ergibt sich jedoch noch ein anderer wesentlicher Unterschied. Für vertraglich (horizontal oder vertikal) oder faktisch gebundene Unternehmen wird stets ein solcher Bezug zu ihrer eigenen späteren Geschäftstätigkeit hergestellt. Auf seiten der bindenden Unternehmen ist dies dagegen nicht der Fall. Zwar setzt eine Preisbindung über "gelieferte Waren" gemäß § 15 sogar vorherige Lieferung, also tatsächliche Marktteilnahme des Bindenden voraus. Hieraus läßt sich jedoch für diese Vorschrift nicht herleiten, eigene Marktteilnahme sei Voraussetzung des Unternehmensbegriffs. Gerade durch die Gleichstellung von Preisbindungen über "andere Waren" macht das Gesetz selbst deutlich, daß es auf die vorherige Marktteilnahme des Bindenden nicht ankommt. In diesem Fall, aber auch bei Bindungen der Preise über gelieferte Waren, wird hierdurch selbst kein Bezug zu eigenen Warenumsatzgeschäften des Bindenden hergestellt. Reglementiert werden ausschließlich die folgenden Geschäftsbeziehungen des Gebundenen. Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen betreffen mit Ausnahme des § 18 Abs. 1 Nr. 4 stets diese Drittbeziehungen des Gebundenen.

Dies gilt in gleicher Weise für die faktischen Beschränkungen im Rahmen der §§ 25 Abs. 2 und 3, 26 Abs. 1. Die dort inkriminierten Verhaltensweisen zielen ausschließlich auf Markthandlungen, an denen der Bindende selbst nicht beteiligt ist. Im Rahmen dieser Tatbestände geht es deshalb nicht mehr um die Vorbereitung eigenen Marktverhaltens, sondern ausschließlich um die Beschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit Dritter. Die Normadressaten selbst handeln bei der Verwirklichung eben nicht als eigene Marktteilnehmer (noch nicht einmal notwendig mit Bezug zur eigenen Marktteilnahme), sondern ausschließlich als Wettbewerbsbeschränker. Der fehlende Bezug zur eigenen Marktteilnahme im Rahmen dieser Vorschriften macht besonders deutlich, daß das Erfordernis eigener Marktteilnahme mit einem funktionalen Unternehmensbegriff nicht in Einklang zu bringen ist. Für die Schutzbedürftigkeit der zu derartigen Wettbewerbsbeschränkungen gezwungenen Unternehmen oder der davon betroffenen Dritten spielt es überhaupt keine Rolle, ob die Druck ausübenden Unternehmen bei ihren Maßnahmen auf eigene Marktteilnahme zielen oder nicht. Es mag allerdings sein, daß der Grund für die notwendige Marktstärke, die einer derartigen Drohung erst zur Durchsetzung verhelfen kann, häufig in bisheriger Marktteilnahme zu finden ist. In gleicher Weise mag auslösendes Moment für die Ausübung entsprechenden Zwanges die Erwartung eigenen Vorteils für die zukünftige Marktteilnahme sein.

d) Die "Ärzttekammer"-Entscheidungen
als Beispiel

Die Unerheblichkeit eigener Marktteilnahme läßt sich auch für diesen Abschnitt des Gesetzes an den "Ärzttekammer"-Entscheidungen des Kammergerichts und des BGH verdeutlichen.

Das Kammergericht ³⁷⁾ hatte Maßnahmen der Bundesärztekammer am Maßstab des § 25 Abs. 2 zu überprüfen. Die Bundesärztekammer hatte versucht, zwei Laboratorien zur Einstellung ihrer Tätigkeit zu zwingen. Als Druckmittel diente die Drohung, daß die Bundesärztekammer ansonsten ihre Mitglieder auffordern könnte, Arzneimittel der gleichen Gesellschaft in Zukunft nicht mehr zu verschreiben. Das Gericht hat - wie vor ihm das Bundeskartellamt ³⁸⁾ - die Bundesärztekammer als eine Vereinigung von Unternehmen angesehen, weil jedenfalls ein Teil der in ihr zusammengeschlossenen niedergelassenen Ärzte als Unternehmen anzusehen seien. Die Unternehmenseigenschaft sei jedenfalls für Laborfachärzte und andere niedergelassene Ärzte zu bejahen, die Laborleistungen und damit gewerbliche Leistungen anböten und hierdurch gleichzeitig in Wettbewerb zu Außenstehenden träten. Da auch die Laborfachärzte innerhalb der Bundesärztekammer organisiert seien, handele es sich insoweit um eine Vereinigung von Unternehmen.

37) WuW/E OLG 1687 "Laboruntersuchungen".

38) WuW/E BKartA 1498 "Laboruntersuchungen".

Diese Ausführungen des Kammergerichts lassen deutlich erkennen, daß das Gericht aus der Anbietertätigkeit auf dem Markt für Laboratoriumsleistungen auf die Unternehmenseigenschaft der Ärzte zurückgeschlossen hat. Für die Schutzbedürftigkeit des bedrohten Unternehmens spielte gerade diese Tätigkeit der Ärzte überhaupt keine Rolle. Das Druckmittel der Ärztekammer bestand allein darin, die Mitgliedschaft davon abzuhalten, auch in Zukunft Arzneimittel dieser Gesellschaft zu verschreiben. Schutzbedürftig war das betroffene Unternehmen also gerade auf dem Arzneimittelmarkt. Auf diesem Markt ging aber die geringste Gefahr von den als Unternehmen betrachteten Laborfachärzten aus, die im Regelfall selbst überhaupt nicht mehr in unmittelbarem Kontakt zum Patienten stehen und deshalb ohnehin keine Medikamente verschreiben. Gefahr für die Laboratoriumsfirmen drohte also gerade nicht von den Laborfachärzten.

Dies wird besonders deutlich, wenn man einmal unterstellt, daß die entsprechende Drohung ausschließlich durch eine Vereinigung von Laborfachärzten ausgesprochen worden wäre. Irgendein Druck auf die Laboratoriumsfirmen wäre damit nicht auszuüben gewesen. Nimmt man dagegen an, daß ein entsprechender Boykottaufruf vom Verband der Krankenhausärzte ausgesprochen worden wäre, deren Mitglieder selbst als Anbieter gewerblicher Leistungen überhaupt nicht in Erscheinung treten und auch in keinerlei Wettbewerbsverhältnis zur Laboratoriumsfirmen stehen, hätte sich eine ungleich größere Wirkung ergeben. Dies macht deutlich, daß wettbewerbsschädigende Wirkungen auch oder im vorliegenden Fall sogar

vorwiegend von solchen Subjekten ausgehen können, die selbst als Marktteilnehmer überhaupt nicht in Erscheinung treten. Es kommt hinzu, daß hier Eingriffe in die Freiheitssphäre Dritter von solchen Personen vorgenommen werden, die arbeitsrechtlich als Arbeitnehmer und damit allgemein als das genaue Gegenteil eines Unternehmens (Gegenbegriff !) angesehen werden. Es kann hier noch dahingestellt bleiben, inwieweit auch Arbeitnehmer dem Anwendungsbereich des GWB zu unterstellen sind. Das Beispiel hat jedenfalls deutlich gemacht, daß weder die bisherige noch die gegenwärtige Teilnahme am Markt - sei es generell oder einzeln betrachtet - zwingende Rückschlüsse auf die Qualifizierung der jeweils Handelnden als Unternehmen im Sinne des GWB zulassen.

Der Große Zivilsenat hat Ärzte in den Unternehmensbegriff einbezogen, weil sie als Nachfrager nach Laborleistungen auftreten.³⁹⁾ Bemerkenswert ist an dieser Entscheidung, daß der Große Senat hieraus für die Ärztekammern folgert, daß diese als Vereinigung von Unternehmen im Sinne der §§ 25, 26 zu betrachten seien, "soweit sie in der dort genannten Weise zugunsten ihrer Mitglieder den mit Dritten bestehenden Wettbewerb beeinträchtigen". Das bedeutet zunächst, daß auch Vereinigungen von Unternehmen nur dann als Normadressaten des GWB angesehen werden, wenn sie selbst als Unternehmen tätig werden.

Diese unternehmerische Tätigkeit erblickt der Große Senat in der in den §§ 25, 26 genannten Art einer Wettbewerbsbeschränkung. "Die dort genannte Art der Wettbe-

39) WuW/E BGH 1469 "Autoanalyzer".

werbsbeschränkung" heißt aber nichts anderes als die Verwirklichung der übrigen Tatbestandsmerkmale dieser Norm; aus deren Verwirklichung wird damit auf die Unternehmenseigenschaft des Handelnden zurückgeschlossen. Es bleibt für den BGH allerdings das zusätzliche Erfordernis vorheriger Nachfragetätigkeit nach Laborleistungen. Unter Schutzzweckgesichtspunkten kommt diesem Merkmal gegenüber der tatsächlichen wettbewerbsbeschränkenden Handlung m. E. aber keine eigenständige Bedeutung zu. Die Normadressaten des GWB müssen also nicht unbedingt als Marktteilnehmer, wohl aber als Wettbewerbsbeschränker handeln.

5. Die Bedeutung der Tatbestandsverwirklichung für den Unternehmensbegriff am Beispiel der §§ 1 und 22

Im 3. Abschnitt wendet sich das Gesetz ausschließlich an besonders qualifizierte Unternehmen. Im Rahmen des § 22 werden außerdem Verhaltensweisen dieser Unternehmen untersagt, die Ausfluß ihrer besonderen Marktstärke sind. Ein großer Teil der auch bisher unstreitig als Unternehmen betrachteten Subjekte scheidet praktisch von vornherein als Adressat dieser Norm aus. Man könnte deshalb geneigt sein, den Unternehmensbegriff im Rahmen dieses Abschnitts enger zu fassen als sonst. Trotz der grundsätzlichen Übernahme des allgemein im Rahmen des § 1 entwickelten Unternehmensbegriffs lassen sich derartige

Tendenzen auch an Formulierungen erkennen, wonach für § 22 "noch klarer" ⁴⁰⁾ sei, daß private Haushalte den Unternehmensbegriff nicht erfüllen könnten. Ohne daß das Problem des privaten Haushalts hier bereits behandelt werden soll, lassen solche Ausführungen erkennen, daß als Adressat des § 22 von vornherein nur Subjekte mit einer gewissen Marktstärke in Betracht kommen. Aus der Betrachtung der weiteren Tatbestandsmerkmale einer Norm würde man deshalb Rückschlüsse auf die erforderlichen Eigenschaften der Normadressaten ziehen. Im Rahmen des § 1 entspricht ein solches Vorgehen weit verbreiteter Übung in der Literatur. Aus der Tatsache, daß § 1 für seine Normadressaten die Fähigkeit zum Vertragsschluß und zu Wettbewerbsbeschränkungen voraussetzt, wird geschlossen, daß als Unternehmen nur rechtsfähige Subjekte in Betracht kommen, ⁴¹⁾ die darüber hinaus in der Lage sind, Wettbewerbsbeschränkungen herbeizuführen. ⁴²⁾

a) Kritik bisheriger Rückschlüsse

Derartige Rückschlüsse sind m. E. methodisch immer fehlerhaft. Da jedoch auch hier bei den bisher untersuchten Vorschriften von den jeweils kartellrechtlich inkriminierten Verhaltensweisen auf die Unternehmenseigenschaft

40) So Bartholomeyczik, GK, 2. Aufl., § 22 Rdnr. 5.

41) So zuerst Ulmer, Unternehmen, S. 69 f. (76); ders., WuW 1960, S. 172; Grandpierre, S. 79; Niederleithinger, S. 23 f.; Mulert, S. 26, bezeichnet diesen Rückschluß sogar als logisch zwingend, vgl. dagegen bereits oben S. 36 f. und unten S. 130.

42) Dies sieht Schwarz, S. 47 und öfter, als "logisch unabdingbare Prämisse" des Unternehmensbegriffs an.

der Handelnden zurückgeschlossen wurde, soll die Unterschiedlichkeit beider Ansätze kurz verdeutlicht werden. Gerade ein Vergleich zwischen §§ 1 und 22 bietet sich hierfür besonders an.

Hält man die Fähigkeit zu Wettbewerbsbeschränkungen und zum Vertragsschluß für notwendige Voraussetzungen des Unternehmensbegriffs im Sinne des § 1, so müßte man im Rahmen des § 22 argumentieren, Unternehmen könne nur ein Subjekt sein, das zur Marktbeherrschung und zum Mißbrauch dieser Stellung in der Lage sei. Logisch zwingend - wie vielfach behauptet wird ⁴³⁾ - ist ein solcher Schluß sicher nicht. Es ist allerdings richtig, daß § 1 nur auf solche Unternehmen (genauer: auf bestimmte Handlungen solcher Unternehmen) Anwendung findet, die Wettbewerbsbeschränkungen herbeiführen können. Damit ist jedoch nicht gesagt, daß Unternehmen nur Subjekte mit derartigen Fähigkeiten sein können. Innerhalb des § 1 wäre eine derartige Abgrenzung zwar unschädlich. Für die Verwirklichung dieser Norm reicht es ja nicht aus, daß ihre Normadressaten Wettbewerbsbeschränkungen herbeiführen können, sondern daß sie diese durch Abschluß eines Vertrages tatsächlich erzielen. Prüft man also zuerst die Fähigkeit zu Wettbewerbsbeschränkungen und anschließend ihre tatsächliche Durchführung, so handelt es sich um eine überflüssige Doppelprüfung.

Das gleiche Ergebnis gilt für entsprechende Rückschlüsse innerhalb des § 22. Zur Verwirklichung des gesamten Tat-

43) Vgl. für die gleichgelagerte Problematik im Rahmen des § 1 die in Fußn. 41 und 42 genannten Autoren.

bestandes müssen die angesprochenen Unternehmen nicht nur eine marktbeherrschende Stellung mißbrauchen können, sondern es tatsächlich praktizieren. Zu ungerechtfertigten Einschränkungen des Unternehmensbegriffs gelangt man jedoch, wenn man das so gewonnene Ergebnis innerhalb eines Tatbestandes auf andere Tatbestände des Gesetzes überträgt. Es wäre sicher abwegig, aus § 22 abzuleiten, daß Unternehmen nur solche Subjekte sein könnten, die zur Marktbeherrschung in der Lage sind. Methodisch genauso fehlerhaft ist es jedoch, die von § 1 vorausgesetzte Fähigkeit zu Wettbewerbsbeschränkungen zum generellen Erfordernis des Unternehmensbegriffs zu erklären. Vorstellungen dieser Art dürften maßgeblich daran beteiligt sein, daß ein bestimmter Personenkreis, etwa private Verbraucher oder Arbeitnehmer, von vornherein aus dem Anwendungsbereich des GWB ausgenommen wird.

b) Eigener Ansatz und Ergebnis

Der im Rahmen dieser Arbeit bisher vorgenommene Rückschluß von den übrigen Tatbestandsmerkmalen einer Norm auf die Unternehmenseigenschaft des Handelnden ist ganz anderer Natur. Es wird nicht generell und abstrakt die Fähigkeit eines Subjekts zu bestimmten Handlungen bestimmt, sondern allein aus der Praktizierung einer bestimmten Verhaltensweise abgeleitet, in welcher Eigenschaft sie dem Handelnden zuzurechnen ist. Unternehmen sind also bestimmte Zurechnungsträger nicht nur dann, wenn sie - neben anderen Merkmalen - zur Erfüllung

anderer Tatbestandsmerkmale einer GWB-Norm in der Lage sind. Vielmehr handelt als Unternehmen jedes Subjekt immer dann, wenn und soweit es die kartellrechtlich inkriminierten Verhaltensweisen tatsächlich verwirklicht. Damit verliert der Unternehmensbegriff jede eigenständige Abgrenzungsfunktion innerhalb des GWB. Die konsequent funktionale Auslegung des Unternehmensbegriffs führt damit - jedenfalls für alle bisher behandelten Tatbestände - zur Funktionslosigkeit dieses Begriffs.

3. Teil:

Einzelfälle zur Vertiefung und Kontrolle

I. Verbraucher bzw. private Haushalte

Die bisherigen Untersuchungen haben ergeben, daß nicht nur die Zurechnungsträger einzelner Angebots- und Nachfragehandlungen hierbei als Unternehmen anzusehen sind; vielmehr genügen bereits entsprechende Bezugshandlungen. Dies gilt jedenfalls immer dann, wenn kartellrechtlich inkriminierte Verhaltensweisen zur Beurteilung anstehen. In gleicher Weise wie derartige Handlungen wurden auch entsprechende Behandlungen als unternehmensbe gründend angesehen. Wer Kartelle schließt, Preisbindungen ausspricht, Marktmacht mißbraucht etc. handelt gerade dadurch als Unternehmen wie umgekehrt der Adressat einer Preis- oder Vertriebsbindung, eines Boykottaufrufs oder das Objekt einer Diskriminierung gemäß § 26 Abs. 2 allein aufgrund dieser Behandlung zum Unternehmen wird. Mit dieser Definition wurde bewußt darauf verzichtet, bestimmte Subjekte generell als Unternehmen zu qualifizieren. ¹⁾ Auf der anderen Seite scheidet jedoch auch eine generelle Freistellung bestimmter Subjekte vom Anwendungsbereich des GWB aus.

1) So etwa Müller-Henneberg, GK, § 1 Rdnr. 8 mit der Differenzierung in "Muß-Unternehmen" und "Kann-Unternehmen".

1. Die Widersprüchlichkeit der bisherigen Praxis

Das hat zur Folge, daß gegebenenfalls auch sogenannte private Verbraucher als Unternehmen im Sinne des GWB angesehen werden können. Das gleiche Ergebnis ließe sich schon mit der vom BGH im Anschluß an die Regierungsbegründung verwandten Definition erzielen, wonach für den Unternehmensbegriff "jede Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr" genügt. Auch die Nachfrage privater Haushalte nach Waren oder gewerblichen Leistungen ist zweifelsfrei Marktteilnahme und könnte durchaus als Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr aufgefaßt werden.²⁾ Aus eben diesem Grunde wird die genannte Definition der Rechtsprechung häufig als zu weit abgelehnt.³⁾

Zwar bedient sich trotz dieser Bedenken ein erheblicher Teil des Schrifttums dieser weitgehenden Definition. Dennoch besteht bis heute völlige Übereinstimmung darüber, daß Verbraucher bzw. private Haushalte unter keinen Umständen als Unternehmen anzusehen sind.⁴⁾ Ob-

2) Vgl. hierzu etwa Gandenberger, S. 95; Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 1 Rdnr. 8; Mees, S. 50; Schmidt-Huth, BB 1964, S. 1108 (1110); Schmude, S. 49 f.; Schwarz, S. 45.

3) Vgl. statt aller Müller/Giessler, § 1 Rdnr. 38.

4) So ausdrücklich Cramer, S. 86; Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 255; ders., Wettbewerbsrecht, § 6 2 b; Baumbach/Hefermehl, 8. Aufl., § 1 Rdnr. 11; Gandenberger, S. 95 ff.; Günther, MA 1957, S. 36 (44); Haberkorn, GRUR 1962, S. 449 (450); Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 1 Rdnr. 8; Mestmäcker, NJW 1969, S. 1 ff. (5); Müller-Henneberg, (Forts. S. 112)

wohl der Widerspruch zum eigenen definitorischen Ansatz offensichtlich ist und vielfach sogar ausdrücklich erwähnt wird,⁵⁾ scheint dieses Ergebnis scheinbar so selbstverständlich, daß es weder nur einer äußerst knappen oder überhaupt keiner Begründung für bedürftig erachtet wird. Ein besonders deutliches Beispiel hierfür stellen die Ausführungen von Emmerich dar, der gleich zu Beginn des entsprechenden Abschnitts feststellt, daß sich die Funktion des Unternehmensbegriffs im wesentlichen darauf beschränkt, die Unternehmenssphäre von der des privaten Verbrauchs abzugrenzen,⁶⁾ ohne auch nur mit einem Satz darzulegen, wieso sich dieses Ergebnis aus der zuvor für maßgeblich erklärten Teleologie des Gesetzes ergibt. Ohne daß Emmerich im folgenden hierauf zurückkommt, heißt es sodann am Ende des gleichen Abschnitts fast wortgleich: "Der Begriff (Unternehmen, Einschub v. Verf.) hat hier demnach allein die Aufgabe, den Bereich des privaten Verbrauchs aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes auszuklammern".⁷⁾

Forts. Fn. 4 von S. 111:

GK, § 1 Rdnr. 7; ders., NJW 1971, S. 113 (115); Rasch/Westrick, § 1 Rdnr. 10; Rittner, DB 1957, S. 1091 (1094); Schmude, S. 79 f.; Schwarz, S. 44 ff. (78 ff.); Frankf. Kommentar, § 1 Rdnr. 3; Tilmann, ZHR 141 (1977), S. 32 ff. (47); ebenso BGH WuW/E 1142 (1143).

5) Gandenberger, S. 97; Müller-Henneberg, NJW 1971, S. 115.

6) Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 255.

7) aaO., S. 276.

Die Bedenken gegen eine solche pauschale Ausklammerung der Privathaushalte verstärken sich, wenn diese weitgehend unbegründete These ihrerseits zum Ausgangspunkt für eine umfassende Definition des Unternehmensbegriffs gemacht wird. Die Gefahr eines Zirkelschlusses liegt dann besonders nahe. ⁸⁾ Schwarz, der der Bestimmung des Unternehmensbegriffs immerhin ein Kapitel von 50 Druckseiten widmet, stellt im Widerspruch zu seinem nur wenige Seiten zuvor verkündeten methodischen Ansatz ebenfalls die Freistellung der Privathaushalte vom GWB als Ausgangsthese voran. ⁹⁾ Immerhin hat Schwarz später den bisher wohl umfassendsten Versuch unternommen, dieses Ergebnis zumindest im Nachhinein zu begründen. Schwarz gelangt schließlich zu dem Ergebnis, daß als einziger Grund für die Freistellung der Privathaushalte deren Unfähigkeit zu einer erheblichen Beeinträchtigung der kartellrechtlich geschützten Rechtsgüter verbleibe. ¹⁰⁾

8) Das Argumentationsmuster gestaltet sich dann regelmäßig wie folgt: Private Haushalte sind keine Unternehmen. Kennzeichen für sie ist ihre Nur-Nachfrager-Eigenschaft, also sind alle Nur-Nachfrager keine Unternehmen; in dieser und ähnlicher Form tauchen derartige Begründungen nahezu bei allen Vertretern der sog. Zwei-Fronten-Theorie auf; vgl. etwa Müller-Henneberg, GK, § 1 Rdnr. 6; ders., NJW 1971, S. 115 (116); Schmude, S. 159 ff.; auch die Gegner der Zwei-Fronten-Theorie halten die Freistellung der privaten Haushalte aufgrund ihrer Qualifizierung als Nur-Nachfrager offenbar für ein starkes Argument, da sie bemüht sind, diese Gleichartigkeit durch andere Kriterien zu überspielen, so etwa Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 264 f.; Mees, S. 52 ff.; I. Schmidt, DB 1963, S. 1404 ff.

9) Besonders deutlich der Widerspruch zwischen den Ausführungen auf S. 41 und S. 44 f.

10) aaO., S. 78 ff.

Folglich seien nur solche Marktteilnehmer als Unternehmen im Sinne des GWB anzusehen, die dieses Erheblichkeitserfordernis erfüllten. Die eigentliche Frage aber, warum ein solches Kriterium maßgeblich für den Unternehmensbegriff des GWB sein soll, bleibt unbeantwortet. Statt also - wie zu Beginn angekündigt - aus Sinn und Zweck des GWB einen Unternehmensbegriff zu entwickeln und im Anschluß daran zu überprüfen, ob und inwieweit Nachfragehandlungen privater Verbraucher diesem Begriff unterfallen, wird umgekehrt aus der vorab postulierten Freistellung der Privathaushalte eine Bestimmung des Unternehmensbegriffs vorgenommen, die naturgemäß den privaten Verbraucher ausschließt. Der Zirkel hat sich damit geschlossen.

2. Zweischneidigkeit einer "Freistellung" privater Haushalte

Fast gänzlich unberücksichtigt bleibt bei der Ausklammerung der Privathaushalte der Umstand, daß das GWB den Unternehmensbegriff nicht nur zur Kennzeichnung der Adressaten bestimmter Verbotsnormen verwendet, sondern zugleich bestimmte Verhaltensweisen nur gegenüber anderen Unternehmen verbietet. Die "Freistellung" der Privathaushalte, die diese ja offensichtlich privilegieren soll und häufig damit begründet wird, daß private Verbraucher Schutzobjekt und eben deshalb nicht zugleich

Normadressaten des GWB sein könnten, ¹¹⁾ wendet sich damit zugleich gegen die Interessen der privaten Haushalte. Der Grund für diese Einseitigkeit der Betrachtung dürfte im Wesentlichen darin zu finden sein, daß die Bestimmung des Unternehmensbegriffs fast ausschließlich im Rahmen des § 1 vorgenommen wird und die dort entwickelten Ergebnisse ohne weiteres auf andere Vorschriften übertragen werden. Die Mißlichkeiten dieser "Freistellung" sind deshalb zwangsläufig bei der in den letzten Jahren verstärkt geführten Diskussion über die Möglichkeiten einer Nutzbarmachung des GWB für den Verbraucherschutz ¹²⁾ ins Bewußtsein getreten.

Auch für die Autoren, die diesem Gedanken positiv gegenüberstehen, stellt die Ausklammerung der privaten Haushalte aus dem Unternehmensbegriff ganz überwiegend eine unüberwindbare Hürde dar, der allein auf gesetzgeberischem Wege beizukommen sei. ¹³⁾ Gerade die derzeit

11) Kracht, NJW 1958, S. 491; Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 1 Rdnr. 8; Schwarz, S. 85 f.

12) Vgl. hierzu Goll, GRUR 1976, S. 486 ff.; Gottwald, ZZP 91 (1978), S. 1 ff. (insbes. S. 20, 35 f.); v. Hippel, Verbraucherschutz, S. 83 ff.; ders., RabelsZ 40 (1976), S. 527 f.; Reich, ZVP 1977, S. 227 ff.; Reich/Tonner/Wegener, Verbraucher und Recht, S. 29 ff.; Schlosser, ZRP 1975, S. 148 f.; Schricker, RabelsZ 36 (1972), S. 326 ff.; ders., RabelsZ 40 (1976), S. 559 f.; Steindorff, ZHR 138 (1974), S. 508 ff.; Tilman, ZHR 41 (1977), S. 39 ff.

13) So insbes. Gottwald, ZZP 91 (1978), S. 20, 35 f.; K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S. 414 f.; Schricker, RabelsZ 36 (1972), S. 327 f.; Steindorff, ZHR 138 (1974), S. 514 f.; Tilman, ZHR 141 (1977), S. 47, 67; weitergehend (Verbraucherschutz zumindest teilweise auch schon de lege lata möglich) (Forts. S. 116)

aktuelle Betrachtung der Verbraucher als Betroffene kartellrechtswidriger Maßnahmen läßt es deshalb angezeigt erscheinen, diese angebliche "Privilegierung" privater Haushalte einer grundsätzlichen Überprüfung zu unterziehen. Das mit ihrer Ausklammerung aus dem GWB erworbene Recht der Verbraucher, sanktionslos Kartelle abschließen zu dürfen, wird mit der daraus abgeleiteten Duldungspflicht gegenüber Marktmißbrauch oder ungerechtfertigter Diskriminierung jedenfalls sehr teuer bezahlt. Es fragt sich deshalb, ob es nicht dem Freiheitsschutz des GWB wie auch dem speziellen Verbraucherschutz eher entspricht, Verbraucher als Subjekt wie Objekt kartellrechtsrelevanter Verhaltensweisen von solchen "Vergünstigungen" zu befreien.

Es wurde schon zu Beginn dieses Abschnitts darauf hingewiesen, daß die bisher allgemein entwickelte Definition des Unternehmensbegriffs jeden Zurechnungsträger bestimmter Verhaltensweisen und damit prinzipiell auch den Verbraucher erfaßt. Dies schließt jedoch nicht aus, daß es Gründe gibt, die über die bisherigen Erwägungen hinaus eine entsprechende Einengung des Unternehmensbegriffs im Hinblick auf den privaten Haushalt erfordern. Im Nachfolgenden wird deshalb untersucht, ob sich stichhaltige Gründe finden lassen, gerade Verbraucher aus dem Anwendungsbereich des GWB auszuklammern. Eine solche Untersuchung dient damit zugleich als Kontrollmaßstab für den Wert des bisher entwickelten Unternehmensbegriffs.

Forts. Fn. 13 von S. 114:

Reich/Tonner/Wegener, S. 32 f., 251 f.; für § 1 grundlegend bereits Mailänder, Kartellpraxis, S. 166 f., 192 ff.; ebenso für die §§ 11, 12 Clodius, S. 124 f.

3. Bestimmung des Verbraucherbegriffs im GWB

Vorab ist allerdings zu klären, in welchem Sinne hier von privaten Haushalten oder Verbrauchern gesprochen werden soll. Ebenso wenig wie für den Unternehmensbegriff gibt es für den Begriff des Verbrauchers einen allgemeinen Sprachgebrauch oder eine gefestigte Definition der Wirtschafts- oder Rechtswissenschaft, die für diese Untersuchung übernommen werden könnte.¹⁴⁾ Es kann auch nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, einen allgemeingültigen Verbraucherbegriff zu entwickeln. Gegen einen solchen Ansatz sprächen im übrigen die gleichen methodischen Bedenken, wie sie oben bereits gegen die Bildung eines allgemeinen Unternehmensbegriffs dargelegt wurden.

Ohne daß stets eine ausdrückliche Definition gegeben wird, versteht man in der kartellrechtlichen Literatur den privaten Verbraucher als ein Subjekt, das allein als Nachfrager nach Waren oder gewerblichen Leistungen zum Zwecke des privaten Verbrauchs oder Gebrauchs am Marktgeschehen teilnimmt.¹⁵⁾ Der Verbraucherbegriff wird damit durch zwei Komponenten gekennzeichnet:

- a) die Nur-Nachfrage
- b) der private Verwendungszweck.

14) Nachweise bei Goll, GRUR 1976, S. 486, 487 f.; Schneider, BB 1974, S. 764 ff.

15) Goll, GRUR 1976, S. 488; Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 1 Rdnr. 7 f.; Müller-Henneberg, GK, § 1 Rdnr. 7; Schmude, S. 49 f.

In diesem Sinne soll auch hier vom Verbraucher gesprochen werden. Damit ergibt sich allerdings das gleiche Problem, das sich schon oben bei der Bestimmung des Unternehmensbegriffs gezeigt hat, nämlich die Frage, ob auf einzelne Nachfragehandlungen abzustellen ist oder von einer generellen Betrachtungsweise ausgegangen werden muß. Ganz überwiegend wird bei der Ausklammerung der Verbraucher eine generelle Betrachtungsweise zugrundegelegt. Anders wäre etwa die Einbeziehung gelegentlicher Anbietertätigkeiten privater Haushalte (etwa die Zimmervermietung ¹⁶⁾) in die kartellfreie Sphäre nicht zu erklären.

Mit einem solchen Ansatz wird eine bestimmte Gruppe von Marktteilnehmern generell aus dem Anwendungsbereich des GWB ausgeklammert, ohne daß die einzelne Markthandlung selbst einer gesonderten Kontrolle unterzogen wird. Dieses widerspricht zunächst besonders deutlich dem allgemein vertretenen handlungsbezogenen Unternehmensbegriff. Bevor die Berechtigung einer generellen Ausklammerung der als Verbraucher bezeichneten Subjekte aus dem GWB überprüft werden soll, werden im folgenden zunächst einzelne Nachfragehandlungen zu privatem Verbrauch in ihrer Bedeutung für den Unternehmensbegriff untersucht. Sollte sich dabei erweisen, daß bereits für diese eine Freistellung vom GWB nicht zu rechtfertigen ist, käme eine generelle Ausklammerung einschließlich einzelner Angebotshandlungen erst recht nicht in Betracht.

16) So etwa Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 1 Rdnr. 9; Schmude, S. 80 f.

4. Die Einbeziehung des Verbrauchers in den
möglichen Wortsinn des Unternehmens

Nach verbreiteter Auffassung soll es sich beim privaten Verbraucher um einen Gegenbegriff zum Unternehmen handeln.¹⁷⁾ So plastisch und einprägsam eine solche Formulierung ist, so ungenau erweist sie sich bei näherem Hinsehen. Ohne weitere Begründung stellt sie nur den tautologischen Satz auf, private Verbraucher seien keine Unternehmen, weil sie kein Unternehmen, sondern eben das Gegenteil davon seien. Wäre der private Verbraucher - also der Nur-Nachfrager zu privaten Verbrauchszwecken - dem Unternehmensbegriff wirklich diametral entgegengesetzt, so dürften als Unternehmen allein Nur-Anbieter zu gewerblichen Zwecken anzusehen sein. Daß eine solche Definition nicht den Unternehmensbegriff des GWB bilden kann, ist offensichtlich. Gemeint ist wohl auch nicht der spezifisch kartellrechtliche, sondern der Unternehmensbegriff des allgemeinen Sprachgebrauchs. Die ungeprüfte Übernahme eines solchen Begriffspaares aus dem allgemeinen Sprachgebrauch in das GWB erschiene aber selbst dann methodisch bedenklich, wenn sich ein derartiger Gegensatz in der Umgangssprache feststellen ließe. Voraussetzung hierfür wäre, daß dem Wort Unternehmen eine feststehende Bedeutung zukäme, die ihn in einen Gegensatz zu privaten Verbrauchern setzte.

Zum gleichen Ergebnis könnte man allerdings schon dann gelangen, wenn sich zwar keine Gegenbegrifflichkeit, wohl aber eine entsprechende Ausschließlichkeit der Worte

17) Baumbach/Hefermehl, 8. Aufl., § 1 Rdnr. 11;
(Forts. S. 120)

Unternehmen und privater Verbraucher feststellen ließe.¹⁸⁾ Damit ist die Frage nach dem möglichen Wortsinn des Unternehmensbegriffs aufgeworfen. Zwar wurde schon oben festgestellt, daß von der Wortinterpretation kein Aufschluß für die Entwicklung des Unternehmensbegriffs erwartet werden kann. Der Wortlaut bilde jedoch - jedenfalls im Grundsatz - die Grenze für die Auslegung des Unternehmensbegriffs im GWB.¹⁹⁾ Diese Grenze soll angeblich überschritten sein, wenn auch Verbraucher als Unternehmen im Sinne des GWB angesehen würden.²⁰⁾ Sowohl für die Frage der Gegenbegrifflichkeit wie für die Ausschließlichkeit der Begriffe Verbraucher und Unternehmen stellt sich deshalb die Frage nach der sprachlichen Reichweite des Wortes Unternehmen.

Zunächst ist festzuhalten, daß eine solche Untersuchung nur auf den allgemeinen Sprachgebrauch abstellen kann. Der Bedeutungsgehalt des Unternehmensbegriffs in anderen Gesetzen ist maßgeblich von Sinn und Zweck sowie der Systematik dieser Gesetze determiniert. Solche Begriffe können deshalb für die hier allein vorzunehmende wörtliche Auslegung des Unternehmensbegriffs nichts aussagen. Gilt dies schon allgemein, so scheidet nach dem eindeutigen Hinweis in den Gesetzesmaterialien²¹⁾ ein der-

Forts. Fn. 17 von S. 119:

Mees, S. 52 f.; Müller-Henneberg, GK, § 1 Rdnr. 7; ders., NJW 1971, S. 115; Rinck, Wirtschaftsrecht, Rdnr. 742; Schmidt-Huth, BB 1964, S. 1110.

18) Das ist allg. Meinung, vgl. die oben S. 111 Fußn. 4 Genannten.

19) Vgl. hierzu allg. Larenz, Methodenlehre, S. 309 f.

20) So ausdrücklich Schmude, S. 50.

21) Reg.Begr. 3 c zu § 1; Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses zu § 73 des Entwurfs (§ 98 GWB), abgedr. in GK, 1. Aufl., S. 1075 bzw. 1123.

artiges Vorgehen für das GWB erst recht aus. Welch weites Bedeutungsspektrum selbst der Gesetzgeber dem Unternehmensbegriff zumißt, zeigt besonders plastisch die Verwendung dieses Begriffs in § 11 Ziff. 6 StGB.

Fraglich ist also, ob der allgemeine Sprachgebrauch tatsächlich die Einbeziehung der privaten Verbraucher in jedem Fall ausschließt. Es geht dabei nicht um eine generelle Gegenüberstellung der Begriffe Verbraucher und Unternehmen. Entscheidend ist vielmehr, ob es die Grenzen des Wortsinns überschreitet, Verbraucher dann als Unternehmen zu bezeichnen, wenn sie ihre Nachfragehandlungen durch Kartellvereinbarungen koordinieren oder ihrerseits Diskriminierungen unterworfen werden. Bereits ein kurzer Blick in ein Standardwörterbuch beweist das Gegenteil. So benötigt das bekannte Grimm'sche Wörterbuch nicht weniger als 9 eng beschriebene DIN A 4 Druckseiten, um die verschiedenen Verwendungsarten des Wortes Unternehmen bzw. Unternehmung aufzuzeigen.²²⁾ Letztlich zeigt sich, daß praktisch jede Art eines bestimmten Tuns oder Handelns als Unternehmen bezeichnet wird, ohne daß damit bereits das gesamte mögliche Bedeutungsspektrum dieses Begriffs erfaßt würde.

Gemeinhin bezeichnet man zwar nur die Tat oder Handlung selbst als Unternehmen, den Handelnden dagegen als Unternehmer. Das GWB verwendet den Unternehmensbegriff jedoch unbestritten zur Kennzeichnung der jeweils Handelnden. Bei einer unbefangenen, also tatsächlich nur

22) Grimm, Deutsches Wörterbuch, 11. Bd., III Abt., S. 1695 ff.

auf den Wortlaut abstellenden Betrachtung, liegt es durchaus im Bereich des möglichen Wortsinns, auch einen privaten Nachfrager beim Abschluß eines Kartellvertrages als Unternehmer dieser Verhaltensweise zu bezeichnen.

Bestätigt wird dieses Ergebnis durch ein Beispiel aus der gesetzestechnischen Verwendung dieses Begriffs. Zwar läßt sich aus der Bestimmung des Unternehmensbegriffs in anderen Gesetzen für das GWB unmittelbar nichts entnehmen. Andererseits wird man aus der Bezeichnung von privaten Nachfragern als Unternehmen durch den Gesetzgeber den Schluß ziehen dürfen, daß der Wortlaut jedenfalls kein Hindernis darstellt, für das GWB zum gleichen Ergebnis zu kommen. § 776 Abs. 1 Nr. 3 in Verbindung mit § 539 Abs. 1 Ziff. 5 RVO bezeichnet für die Frage der gesetzlichen Unfallversicherung auch einen Jagdpächter als Unternehmen, ganz unabhängig davon, wer die Jagd zu welchen Zwecken gepachtet hat. Der Regelfall wird aber gerade der sein, daß Privatleute eine Jagd allein zum privaten Gebrauch pachten. Auch ein solcher Jagdpächter ist also ein Nur-Nachfrager, dessen Nachfragehandlung allein privaten Zwecken dient.

Der Wortlaut schließt es demnach nicht aus, auch Verbraucher als Zurechnungsträger kartellrechtsrelevanter Handlungs- oder Behandlungsweisen und damit als Unternehmen anzusehen. Dies gilt auch für die typischen Verbraucherhandlungen, also die bloße Nachfrage zu privaten Verbrauchszwecken. Damit kann eine generelle Ausklammerung dieses Personenkreises aus dem GWB dem Wortlaut erst recht nicht entnommen werden. Auch die These

von der Gegenbegrifflichkeit von Unternehmen und Verbraucher imGWB ist damit nicht mit Hilfe des Wortlauts, sondern allenfalls aufgrund einer Begriffsbildung aufrechtzuerhalten, die auf anderen Auslegungskriterien beruht. Ohne Offenlegung derartiger, allein maßgeblicher Gesichtspunkte bleibt es bei der bereits oben kritisierten Tautologie.

5. Verbraucher als Nur-Nachfrager

Nicht allein mit Blick auf den Verbraucher, sondern mehr noch zur Ausklammerung der öffentlichen Hand werden häufig sogenannte Nur-Nachfrager über den Unternehmensbegriff aus dem Anwendungsbereich des GWB ausgeklammert.²³⁾ Da der private Verbraucher das klassische Beispiel eines solchen Nur-Nachfragers ist, soll die Berechtigung eines derartigen Ausnahmebereichs hier erörtert werden.

Bedenken gegen eine Nichteinbeziehung der Nur-Nachfrager in den Unternehmensbegriff ergeben sich erneut daraus, daß diese Abgrenzung mit einem funktionalen Unternehmensbegriff nicht mehr vereinbar ist. Die Qualifizierung eines Subjekts als Nur-Nachfrager läßt sich nur unter Zugrundelegung einer generellen Betrachtungsweise vornehmen. Es wird also nicht die einzelne Nachfragehandlung daraufhin untersucht, ob sie die Unternehmenseigenschaft des Handelnden zu begründen vermag; im Gegenteil macht schon

23) Müller-Henneberg, GK, § 1 Rdnr. 6 m.w.N.;
Schmude, S. 159.

die Verwendung des Begriffs Nur-Nachfrager deutlich, daß die generelle Art der Marktbeteiligung als maßgeblich betrachtet wird. Die Fragestellung lautet bei einem solchen Ansatz aber nicht mehr, wann ein solches Subjekt als Unternehmen handelt, sondern wer Unternehmen ist.

a) Die Gleichrangigkeit von Anbieter- und
Nachfragewettbewerb

Eine Durchbrechung der handlungsbezogenen Betrachtungsweise, die ja ihrerseits kein Selbstzweck ist, wäre allerdings gerechtfertigt, wenn sich am Gesetzeszweck orientierte Gründe für eine entsprechende Sonderbehandlung der Nur-Nachfrager finden ließen. Die Tatsache allein, daß es sich bei Verbrauchern um Nachfrager handelt, ist sicher kein Grund für ihre Freistellung vom GWB. Es ist nahezu unbestritten, daß Anbieter- und Nachfragewettbewerb durch das GWB in gleicher Weise schutzbedürftig sind.²⁴⁾ Gerade in den letzten Jahren ist die Notwendigkeit einer verstärkten Beachtung des Nachfragewettbewerbs deutlich ins Bewußtsein getreten.²⁵⁾ Es bedarf hier keiner eingehenden Erörterung, ob Nachfragewettbewerb sich tatsächlich

24) Grundlegend Sölter, Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung, 1960; umfangr. Nachweise bei Köhler, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 22 ff.; v. Friesen, DB 1978, Beilage 6; a.A. allein Plassmann, JZ 1968, S. 81 ff.

25) Bisheriger Höhepunkt dürfte insoweit das Sondergutachten 7 der Monopol-Kommission sein; vgl. hierzu eingehend v. Friesen, aaO.

in allen Fällen mit den bisher vorzugsweise im Hinblick auf den Anbieterwettbewerb entwickelten Wettbewerbsdefinitionen erfassen läßt. Es ist jedenfalls unstreitig, daß die "klassischen Unternehmen" auch bei ihren Nachfragehandlungen sowie den darauf abzielenden Wettbewerbsbeschränkungen als Unternehmen anzusehen sind. Nicht die Nachfrage als solche, sondern allenfalls die Beschränkung hierauf kommt daher als unternehmensdequalifizierendes Merkmal in Betracht.

b) Nachfrage als aktive Marktteilnahme

Keine Überzeugungskraft besitzt zunächst das rein begriffliche Argument, nur aktive Teilnahme am Wirtschaftsleben könnte die Unternehmenseigenschaft des Marktteilnehmers begründen. Dies läßt bereits die oben gewonnene Erkenntnis außer acht, daß es auf bisherige Aktivitäten eines Subjekts für die notwendige Erfassung durch das GWB nicht ankommt. ²⁶⁾ Noch weniger ist einsichtig, warum aktive Marktteilnahme mit Angebotstätigkeit gleichgesetzt werden soll. Auf den Wortlaut des Gesetzes läßt sich ein solches Ergebnis nicht stützen.

c) Die Unerheblichkeit späterer Weiterveräußerung

Aber auch die möglichen sachlichen Unterscheidungsmerkmale zwischen Nur-Nachfragern und solchen Unternehmen,

die an beiden Marktfronten tätig sind, vermögen eine entsprechende Differenzierung für das GWB nicht zu begründen. Unterschiede ergebensich nämlich ausschließlich in den Beweggründen und Absichten für die Nachfrage sowie dadurch, daß die nachgefragten Güter nach Erwerb durch sogenannte Nur-Nachfrager endgültig aus dem Warenkreislauf ausscheiden. Unter Zugrundelegung des vom GWB intendierten Drittschutzes ist aber nicht einzusehen, warum dieser etwa von den Absichten der Kartellpartner hinsichtlich der Weiterverwendung der erworbenen Waren abhängen soll. ²⁷⁾ Schließen beispielsweise staatliche Museen Nachfragekartelle - wobei unterstellt werden soll, daß diese Kunstgegenstände nicht weiterveräußert werden -, so ist es für die Schutzbedürftigkeit sowohl der anbietenden Gegenseite wie für konkurrierende private Galerien unerheblich, worin der eigentliche Erwerbszweck für diese Museen besteht. Ebenso wenig wie die anerkanntermaßen nicht erforderliche Gewinnerzielungsabsicht ²⁸⁾ kann deshalb die Weiterveräußerungsabsicht als ein maßgebliches Kriterium für die Bestimmung des Unternehmensbegriffs angesehen werden. Es kommt hinzu, daß man andernfalls auch bei Wiederverkäufern die Nachfrage nach solchen Gütern, die nicht zur späteren Veräußerung bestimmt sind, aus dem Anwendungsbereich des GWB ausklammern müßte. Es be-

27) Vgl. hierzu die eingehenden und insoweit überzeugenden Ausführungen von Schwarz, S. 62 ff.

28) Dies hat schon die Reg.Begr. klargestellt, vgl. 3 c zu § 1, abgedr. in GK, 1. Aufl., S. 1075.

steht jedoch Übereinstimmung, daß eine derartige Differenzierung nicht sachgemäß ist. ²⁹⁾

Ebensowenig wie die fehlende Absicht der Weiterveräußerung damit eine Ausklammerung aus dem GWB zu begründen vermag, kommt dies wegen tatsächlichen Unterbleibens solcher Geschäftstätigkeit in Betracht. Zwar führt im Ergebnis eine derartige Nachfrage zum endgültigen Entzug der nachgefragten Waren aus dem Warenkreislauf. Feststellbar ist dies aber erst nach der Nachfragehandlung selbst, für die jedoch spätestens die Unternehmenseigenschaft des jeweiligen Nachfragers festzustellen ist. Es läßt sich zu diesem Zeitpunkt also nur eine - bei Privathaushalten oder öffentlichen Beschaffungsstellen allerdings mit hoher Wahrscheinlichkeit ausgestattete - Prognose über das tatsächliche Ausscheiden aus dem Warenkreislauf aufstellen. Auch dann ist jedoch unter Schutzzweckgesichtspunkten nicht einzusehen, wieso dieser Umstand die Unanwendbarkeit des GWB für entsprechende Nachfragekartelle zur Folge haben soll.

d) Die These von der Unfähigkeit privater Haushalte zur Durchführung kartellrechtswidriger Maßnahmen

Weiterhin wird für die Freistellung der Privathaushalte als Grund genannt, daß diese zur Durchführung der kartellrechtlich inkriminierten Verhaltensweisen nicht in der Lage seien.

29) Grundlegend Rittner, DB 1957, S. 1093; vgl. statt aller Müller-Henneberg, GK, § 1 Rdnr. 9.

Diese Fähigkeit müsse aber als logische Mindestvoraussetzung für die Anerkennung als Unternehmen im GWB erfüllt sein. ³⁰⁾

aa) Methodische Kritik

Im Rahmen eines Vergleichs zwischen §§ 1 und 22 ist schon oben kurz darauf hingewiesen worden, ³¹⁾ daß diese These alles andere als logisch zwingend, sondern methodisch äußerst bedenklich ist. Wären private Verbraucher tatsächlich nicht in der Lage, Träger der vom GWB inkriminierten Verhaltensweisen zu sein, so könnte man gerade auf die hierzu erforderlichen Fähigkeiten für die Bestimmung des Unternehmensbegriffs verzichten. Dieses Erfordernis trägt etwa zur tatbestandsmäßigen Abgrenzung des § 1 nicht das geringste bei. Diese Vorschrift greift eben nur dann ein, wenn Verträge der dort näher umschriebenen Art tatsächlich geschlossen werden. Ist das der Fall, so hat sich die entsprechende Fähigkeit der Vertragspartner bereits erwiesen. Kann dagegen die notwendige Eignung eines Vertrages nicht festgestellt werden, so ist die generelle Fähigkeit der jeweiligen Vertragspartner hierzu unerheblich. Man könnte also eher umgekehrt formulieren: Die Fähigkeit, Träger der vom GWB inkriminierten Verhaltensweisen zu sein, ist nicht logische Voraussetzung der Unternehmenseigenschaft. Da dieses

30) Mees, S. 44; J. Schmidt, BB 1963, S. 1105; Schwarz, S. 46 f.; ders., BB 1973, S. 1285; im Ergebnis ebenso BKartA, TB 1971, S. 23.

31) Siehe oben S. 105 ff.

Erfordernis gerade durch die anderen Tatbestandsmerkmale der jeweiligen Norm umschrieben ist, ist sie vielmehr die einzige Eigenschaft, die zur Eingrenzung eines GWB-Tatbestandes mit Hilfe des Unternehmensbegriffs logisch verzichtbar ist. Hieraus folgt im übrigen zugleich, daß der Unternehmensbegriff für die Abgrenzung der GWB-Tatbestände nichts zu leisten vermag, wenn er nicht durch Merkmale geprägt wird, die über die Fähigkeit zur Durchführung der vom GWB inkriminierten Verhaltensweisen hinausreichen.

Trägt die "Kartellierungsfähigkeit" als Merkmal des Unternehmensbegriffs zur tatbestandlichen Abgrenzung des § 1 nichts bei, so kann dieser Gesichtspunkt nicht nur allein, sondern auch neben anderen Merkmalen vernachlässigt werden. Da sich die Fähigkeit zur Durchführung kartellrechtlich inkriminierter Verhaltensweisen und ihre praktische Umsetzung in einem Plus-Minus-Verhältnis befinden, ist die Aufstellung eines solchen "Fähigkeits-erfordernisses" überflüssig, zugleich aber auch unschädlich. Dies gilt allerdings nur, solange entsprechende Postulate auf jeweils eine Norm beschränkt werden. Offensichtlich fehlerhaft aber ist es, ein derart gewonnenes Ergebnis unbesehen auf andere Vorschriften zu übertragen. Am Beispiel der §§ 1, 22 ist dies aber bereits allgemein gezeigt worden. Während § 22 nur auf marktbeherrschende Unternehmen Anwendung findet, wendet sich § 38 Abs. 2 Ziff. 11 ausschließlich an kleinere oder mittlere Unternehmen und schließt damit die Fähigkeit zur Marktbeherrschung für die Adressaten dieser Vorschrift sogar aus. Für den Unternehmensbegriff des

GWB läßt sich aus dieser Unterschiedlichkeit nichts entnehmen. Methodisch ebenso fehlerhaft aber ist es, aus der angeblich notwendigen Fähigkeit zum Vertragsschluß - womit außerdem völlig unesehen der zivilrechtliche Vertragsbegriff übernommen wird ³²⁾ - die Rechtsfähigkeit als Voraussetzung für den Unternehmensbegriff im Sinne des GWB zu fordern. ³³⁾ Erst recht vermag die angeblich mangelnde Kartellierungsfähigkeit der privaten Haushalte nichts darüber auszusagen, ob diese als Betroffene einer Diskriminierung gemäß § 26 Abs. 2 als schutzbedürftige Unternehmen anzusehen sind oder nicht.

Zuzugeben ist, daß private Verbraucher - aber nur als solche - als gebundene Vertragspartner einer Vertriebsbindung gemäß § 18 Ziff. 3 ausscheiden. ³⁴⁾ Dies gilt allerdings auch für einen Urproduzenten (etwa einen Steinbruch), ohne daß hieraus Rückschlüsse hinsichtlich der Anwendbarkeit des Kartellverbots auf diesen Personenkreis gezogen werden dürften. Insgesamt erweist sich damit die Fähigkeit, Träger der vom GWB inkriminierten Verhaltensweisen sein zu können, als ein überflüssiges bzw. fehlerhaftes Merkmal zur Bestimmung der Unternehmenseigenschaft. Auch die angebliche Unfähigkeit der privaten Haushalte zu derartigen Marktbeeinträchtigungen

32) So auch der viel diskutierte "Teerfarben"-Beschluß des BGH, WuW/E 1147, 1153 ff.; umfängl. Nachweise zum Streitstand hierzu bei Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 1 Rdnr. 14 ff.; vgl. auch die allg. methodische Kritik bei Larenz, Methodenlehre, S. 321 f.

33) Vgl. hierzu oben S. 107 f.

34) Dies betont Schwarz, S. 47.

kann also über ihre Qualifizierung als Unternehmen im Sinne des GWB nichts aussagen.

bb) Enge Märkte als praktisches Gegen-
beispiel

Vorstehend wurde die These von der Unfähigkeit privater Haushalte, Träger der vom GWB inkriminierten Verhaltensweisen zu sein, zunächst als richtig unterstellt, um auch unter dieser Prämisse die methodische Fragwürdigkeit eines solchen Ansatzes für die Bestimmung des Unternehmensbegriffs zu verdeutlichen. Tatsächlich liegt jedoch die Unrichtigkeit dieser Prämisse auf der Hand. Es lassen sich leicht Fälle bilden, in denen private Verbraucher selbst bei der Verbrauchsnachfrage als Adressaten des GWB in Betracht kommen. Man muß hierzu lediglich einen kleinen und abgegrenzten Markt, etwa einen kleinen Ort oder eine Nordseeinsel, zugrunde legen.³⁵⁾ Hier sind Verbraucher sicher in der Lage, die dortigen Marktverhältnisse durch entsprechende Absprachen zu beeinflussen. Zuzugeben ist allerdings, daß es sich in derartigen Fällen um Ausnahmesituationen handeln wird. Bei "normalen" Marktverhältnissen im Einzelhandel werden

35) So schon Gandenberger, S. 97; Schwarz, S. 48 f.; auf diese Fähigkeit der privaten Haushalte in Ausnahmefällen weist auch Müller-Henneberg, NJW 1971, S. 115, hin.

Verbraucher regelmäßig nicht in der Lage sein, durch Kartelle eine wettbewerbswidrige Beeinflussung zu erzielen, sofern sie überhaupt die organisatorischen Voraussetzungen für einen Kartellschluß schaffen können.

cc) Kritik der generellen Betrachtungsweise

Geht man also von einer solchen, auf den Normalfall abstellenden und damit generalisierenden Betrachtungsweise aus, so ergibt sich, daß privaten Verbrauchern zwar nicht in jedem Fall, wohl aber generell die Fähigkeit zur Kartellierung, Diskriminierung etc. fehlt. Bereits diese Erkenntnis ist für die allgemeine Auffassung ausreichend, die Verbraucher generell, also auch dann vom GWB freizustellen, wenn sie zu einer vom GWB erfaßten Wettbewerbsbeschränkung ausnahmsweise doch einmal in der Lage sein sollten. ³⁶⁾ Unter der Voraussetzung einer solchen generalisierenden Betrachtungsweise gewinnt in der Tat das Erfordernis der Kartellierungsfähigkeit auch bei einer gesonderten Bestimmung des Unternehmensbegriffs innerhalb des § 1 erstmals eine eigene Abgrenzungsfunktion. Es stellt sich dann jedoch zugleich die Frage, wodurch eine solche Freistellung für Marktteilnehmer gerechtfertigt ist, die ihre in einer bestimmten Situation entstandene Fähigkeit zur Durchführung kartellrechtlich inkriminier-

36) So ausdrücklich Gandenberger, S. 97; Müller-Henneberg, NJW 1971, S. 115; Schwarz, S. 48 f.

ter Verhaltensweisen auch tatsächlich realisieren. Ganz unabhängig davon, wie man den Schutzzweck des GWB definiert, ist jedenfalls nach der ratio legis kein Grund ersichtlich, derartige Handlungsweisen dem Anwendungsbereich des GWB zu entziehen.

Mit Hilfe einer solchen generellen Betrachtungsweise entwickelt man deshalb einen Begriff, der für den Regelfall zur Abgrenzung nichts beiträgt, unter bestimmten Voraussetzungen jedoch einen ungeschriebenen Ausnahmebereich für das GWB schafft, der zumindest im Widerspruch zur Teleologie des Gesetzes steht. Da dieser Widerspruch zum Gesetzeszweck durchaus nicht verborgen geblieben ist, verbleiben als Gründe für die Billigung eines solchen Ausnahmebereichs nur noch die Gesetzessystematik sowie die Gesetzesgeschichte, nachdem sich der Wortlaut zu einer solchen Abgrenzung bereits als untauglich erwiesen hat. Auf diese Gesichtspunkte ist später noch eingehend zurückzukommen.

6. Untauglichkeit eines Erheblichkeitsmaßstabes

Auf ganz ähnlicher Ebene bewegt sich die Argumentation, die Freistellung der Privathaushalte beruhe auf ihrer Unfähigkeit zu einer erheblichen Beeinträchtigung der kartellrechtlich geschützter Güter.³⁷⁾ Diese Einfügung eines

37) Grundlegend Schwarz, S. 78 ff.; zust. Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 1 Rdnr. 8.

Erheblichkeitserfordernisses stellt jedoch lediglich eine quantitative Veränderung der soeben behandelten generellen Betrachtungsweise dar. Schon zur Abgrenzung gegenüber dem auf den Einzelfall abstellenden Spürbarkeitserfordernis muß eine solche Erheblichkeitskontrolle generell vorgenommen werden.³⁸⁾ Eine eigenständige Abgrenzungsfunktion kommt diesem Maßstab also nur insoweit zu, als damit im Einzelfall erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen sanktionslos hinzunehmen sind, wenn sie nur von solchen Subjekten ausgehen, denen hierzu im Regelfall der notwendige Einfluß fehlt. Es trifft sicher zu, daß private Verbraucher als Zurechnungsträger erheblicher Wettbewerbsbeschränkungen im Regelfall nicht in Betracht kommen. Diese Erkenntnis besagt jedoch für eine Freistellung vom GWB gerade in praktisch gewordenen Ausnahmefällen nichts. Hier ist vielmehr erneut anhand allgemeiner Auslegungskriterien, insbesondere also dem Sinn und Zweck des Gesetzes, festzustellen, ob ein Eingreifen des Gesetzes erforderlich ist oder nicht.

a) Die Auktion als Beispiel für Nachfragewettbewerb unter Verbrauchern

Der Veranschaulichung sollen die folgenden Beispiele von Nachfragekonzertierungen bei Auktionen dienen. Auktionsfälle erscheinen deshalb besonders geeignet, weil die dor-

38) In diesem Unterschied sieht Schwarz, S. 77, selbst die eigentliche Aufgabe des generellen Erheblichkeitserfordernisses.

tige Form des Nachfragewettbewerbs am ehesten dem typischen Anbieterwettbewerb vergleichbar ist.³⁹⁾ Dies hat seinen Grund darin, daß bei Auktionen die Angebote von den Nachfragern ausgehen, die sich durch gegenseitiges Überbieten, also durch Inaussichtstellen besonders günstiger Preisbedingungen als dem hier einzigen Wettbewerbsparameter, um den Zuschlag bemühen müssen. Weiterhin stehen gerade bei Auktionen häufig private Nachfrager untereinander sowie mit gewerblichen Nachfragern in Wettbewerb.

Beispiele hierfür sind etwa Kunst- oder Briefmarkenauktionen. Einen besonders engen Markt bilden auch die bekannten Verdener Pferdeauktionen, insbesondere im Bereich der Dressur-Pferde, bei denen ein großer Teil der Nachfrager ausschließlich Privatleute sind, die auch nur zu privaten Gebrauchszwecken nachfragen. Schließlich gibt es in diesem Beispielsfall einen sehr begrenzten Interessentenkreis, so daß häufig schon vor Beginn einer Auktion bekannt ist, wer als Bieter in Betracht kommt. Dies hat zur Folge, daß der Auktionator in bestimmten Fällen aus dieser Kenntnis heraus einzelne Interessenten persönlich anspricht. Unterstellt man nun, daß etwa die drei einzigen ernsthaften Interessenten an bestimmten Auktionsgütern vorab eine Aufteilung unter sich vornehmen, um jeweils den Zuschlag zum Mindestgebot sicherzustellen, so wäre eine derartige Absprache gewerblicher Händler zweifels-

39) Vgl. hierzu Köhler, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 39 f.

frei ein unter § 1 fallendes Nachfragekartell. Auch unter dem Gesichtspunkt des Spürbarkeitserfordernisses könnte ein solches Gelegenheitskartell nicht freigestellt werden. Bei diesem vom BGH⁴⁰⁾ entwickelten Kriterium handelt es sich nicht um eine Bagatellklausel, die Kartelle geringerer Bedeutung generell vom Verbot des § 1 freistellt. Lediglich für die Feststellung, ob Absprachen die erforderliche Eignung zur Beeinträchtigung der Marktverhältnisse besitzen, wird ein gewisses Mindestmaß an Wahrscheinlichkeit verlangt und damit eine lediglich theoretisch denkbare Beeinträchtigung unberücksichtigt gelassen. Bei dem oben gebildeten Beispiel ist der Zuschlag zu einem nicht mehr unter Wettbewerbsbedingungen gebildeten Preis jedoch nicht nur wahrscheinlich, sondern gesichert.

b) Gebotsabsprachen und notwendiger Individualschutz

An der kartellrechtlichen Unzulässigkeit derartiger Absprachen würde sich auch dadurch nichts ändern, daß an ihr neben gewerblichen Interessenten auch private Verbraucher beteiligt wären.⁴¹⁾ Eine Vereinbarung ausschließlich unter

40) Grundlegend BGH WuW/E "Spar"; weitere Nachweise bei Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 1 Rdnr. 31.

41) Dies ist für die Unternehmensvereinigungen im Sinne des § 1 unbestritten; aus der Rechtspr. vgl. zuletzt BGH WuW/E 1313 (1315) "Stromversorgungsgenossenschaft"; weitere Nachweise bei Müller-Henneberg, GK, § 1 Rdnr. 23; für Verträge zwischen Unternehmen kann bei Beteiligung von privaten Haushalten nichts anderes gelten.

Privatleuten würde bei Anerkennung eines generellen Erheblichkeitserfordernisses dagegen nicht dem § 1 unterfallen. Für den von einer solchen Nachfrageabsprache betroffenen Veräußerer bleibt es aber vollkommen unerheblich, durch wen der Nachfragewettbewerb ausgeschlossen worden ist. Für ihn ist allein entscheidend, daß sich der Verkaufspreis nicht unter Wettbewerbsbedingungen gebildet hat. Der oben eingehend behandelte Zweck des Gesetzes, Dritte vor den positionsverschlechternden Außenwirkungen einer Kartellabsprache zu schützen, steht deshalb in deutlichem Widerspruch zu einem derartigen Ausnahmereich.

Allerdings ist dieser Individualschutzcharakter des § 1 durch die "Krankenhauszusatzversicherungs"-Entscheidung des BGH ⁴²⁾ erst für Kartellaußenseiter, also für Wettbewerber auf der gleichen Handelsstufe durch die Gerichte anerkannt. Dagegen ist die Frage nach der Einbeziehung der Anbieter oder Nachfrager auf der vor- oder nachgeschalteten Marktstufe äußerst streitig und von den Gerichten bisher offengelassen worden, soweit nicht ein solcher Individualschutz sogar gänzlich verneint wird. ⁴³⁾

42) BGH WuW/E 1361 (1364 f.) "Krankenhauszusatzversicherung".

43) Dagegen ausdrücklich OLG Frankfurt, WuW/E OLG 1615 "Hefekunden"; Benisch, GK, § 35 Rdnr. 7; Goll, GRUR 1976, S. 491; für die Ausdehnung des Individualschutzes auch auf die Marktgegenseite grundsätzlich auch Hefermehl, GRUR 1976, S. 156 (157); Steindorff, JZ 1976, S. 29 ff.; wohl auch Tilmann, ZHR 141 (1977), S. 41 f.; ebenso bereits Mailänder, Kartellpraxis, S. 165 ff. mit Nachweisen auf die ältere Literatur; zust. Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 306 ff.; vgl. zum ganzen zuletzt eingehend K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S. 49 ff., 371 ff., 383 ff.

Das Beispiel der Auktion macht aber deutlich, daß Kartellaußenseiter von einer Gebotsabsprache der aufgezeigten Art überhaupt nicht betroffen sein können. Solange auch nur ein Interessent Kartellaußenseiter bleibt, kann dieser gänzlich unbeeinflusst von einer solchen Absprache den Zuschlag durch ein höheres Gebot erzwingen. Individuell betroffen kann also überhaupt nur der Veräußerer sein. Will man also nicht einen Individualschutz in derartigen Fällen gänzlich ausschließen, so muß man das Verbot der Nachfragekartellierung als Schutznorm zugunsten der jeweiligen Anbieter betrachten. Andernfalls bliebe nur der Schutz des Nachfragerwettbewerbs als Institution, ohne daß einzusehen wäre, welcher Sinn mit der Durchsetzung dieser Institution dann noch verbunden sein sollte. Als reiner Selbstzweck ist Wettbewerb ja nicht schützenswert. ⁴⁴⁾ Auch die bestmögliche Versorgung der Verbraucher könnte das Verbot derartiger Nachfragekartelle nicht begründen. Den hier kooperierenden privaten Verbrauchern wird die besonders preisgünstige Nachfrage überhaupt erst durch die Kartellvereinbarung ermöglicht. Nicht das Kartellverbot, sondern die Kartellabsprache sorgen also für die optimale, d.h. hier besonders preisgünstige Verbraucherversorgung.

7. Die Bedeutung optimaler Verbraucherversorgung für den Anwendungsbereich des GWB

In der Tat wird gerade unter Hinweis auf den vom Kartellrecht angeblich intendierten Schutzzweck einer optimalen Verbraucherversorgung die Ausklammerung des privaten

44) Siehe oben S. 25 f.

Verbrauchers aus dem GWB begründet. ⁴⁵⁾ Vorab ist erneut darauf hinzuweisen, daß damit die sanktionslose Duldungspflicht gegenüber Diskriminierungen für Verbraucher keinesfalls zu rechtfertigen ist.

a) Konsequenzen eines derart verkürzten
Gesetzeszwecks

Aber auch zur Bestimmung der Normadressaten läßt sich mit diesem Schutzzweck m. E. nicht operieren. Andernfalls müßte man sämtliche kartellrechtlich inkriminierten Verhaltensweisen legitimieren, wenn sich dadurch nur die Einkaufsbedingungen der Verbraucher verbesserten. Setzen Einzelhändler etwa durch Kartellabsprachen bessere Einkaufsbedingungen durch, die sie ebenfalls absprachegemäß an die Verbraucher weitergeben, so wäre auch ein solches Kartell jedenfalls dann für zulässig zu erklären, wenn sämtliche Einzelhändler dieses Marktes daran beteiligt wären, weil dann auch eine Interessenkollision mit Kartellaußenseitern ausschiede. ⁴⁶⁾

Dieses Beispiel belegt jedoch die schon oben allgemein vertretene Auffassung, daß es zu einer Perversion des GWB führen würde, die Verbraucherversorgung als Maßstab für die Zulässigkeit von Kartellen einzuführen. Der-

45) So insbesondere Schwarz, S. 85 f.; zust. Langen/
Niederleithinger/Schmidt, § 1 Rdnr. 8.

46) Inkonsequent deshalb Schwarz, S. 85 f.

artigen Überlegungen hat das GWB ausschließlich über die §§ 2 ff. Rechnung getragen. Ganz unabhängig von dem hier als vorrangig angesehenen Freiheitsschutz bezweckt das GWB die Erzielung optimaler wirtschaftlicher Ergebnisse (einschließlich der bestmöglichen Verbraucher-versorgung) durch Aufrechterhaltung von Wettbewerb, dessen Beschränkung es demzufolge verbietet. Die These, daß das GWB dem Schutz der Verbraucher dient und deshalb nicht ihrer Beaufsichtigung, verkürzt diesen Zweck in unzulässiger Weise.

Im übrigen ist es auffällig, daß gerade die Stimmen, die den wirtschaftspolitischen Schutzzweck in den Vordergrund stellen oder sogar als alleinigen Gesetzeszweck ansehen, einen Individualschutz der Verbraucher ablehnen.⁴⁷⁾ Kommt jedoch dem Verbraucherschutz eine so allgemeine Bedeutung zu, daß allein deswegen Verbraucherkartelle von der Anwendung des § 1 freizustellen sind, so müßte die gleicher Überlegung erst recht dazu führen, jedenfalls § 1 als Schutzgesetz zugunsten der Verbraucher aufzufassen und den Verbrauchern dementsprechend Individualansprüche gegenüber den Beteiligten von Anbieterkartellen zuzuerkennen. Eine solche Sonderbehandlung zugunsten der Verbraucher wäre m.E. die notwendige Konsequenz aus einer derartigen Schutzzweckbestimmung des GWB.

47) Symptomatisch etwa die Ausführungen von Benisch, GK, § 35 Rdnr. 7 ff.

b) Identität von Schutzobjekt und Normadressat

Ganz im Gegenteil dazu will die allgemeine Auffassung - soweit § 1 überhaupt als Individualschutznorm aufgefaßt wird - gerade die Verbraucher als Nichtunternehmen vom Individualschutz ausnehmen.⁴⁸⁾ M.E. wird weder eine Privilegierung der Verbraucher durch eine Freistellung von den Verbotsnormen des GWB noch ihre Ausklammerung aus dem individuellen Schutzbereich dieses Gesetzes seinem freiheitssichernden Zweck gerecht. Vielmehr erscheint die These, daß Schutzobjekte eines Gesetzes eben deshalb nicht ihre Normadressaten sein könnten, methodisch stets, also ganz unabhängig von den Besonderheiten des GWB, äußerst bedenklich. Es ist ein häufig auftretendes Phänomen, daß die größte oder gar alleinige Gefahr für bestimmte geschützte Personengruppen von diesen selbst ausgeht. So wenden sich die §§ 211 ff. StGB ausschließlich an Menschen, wenn dies auch - weil selbstverständlich - nicht ausdrücklich gesagt wird.

Die StVO richtet sich allein an Verkehrsteilnehmer, obwohl ihre Normen gerade dem Schutz der übrigen Verkehrsteilnehmer dienen. Auch das GWB selbst bietet entsprechende Beispiele. § 15 dient dem Schutz von Unternehmen, sei es der gebundenen Unternehmen oder derjenigen auf der folgenden Handelsstufe, ohne daß dies im Widerspruch dazu steht, als Normadressaten des § 15 ebenfalls nur Unternehmen vorzusehen. Auch bei § 26 Abs. 2, der unbestritten dem Individualschutz der betroffenen Unternehmen dient, untersagt das GWB entsprechende Diskri-

48) Nachweise oben S. 115 Fn. 12, 13.

minierungen ausschließlich anderen Unternehmen. Hier ist es also offenkundig, daß es keinen Sinn macht, Unternehmen mit der Begründung von der Anwendung des § 26 Abs. 2 freizustellen, daß sie als Schutzobjekte dieser Vorschrift nicht gleichzeitig einer entsprechenden Beaufsichtigung bedürften.

8. Die mangelnde Aussagekraft der Gesetzesmaterialien für eine "Freistellung" der Verbraucher

Als Begründung für die Unanwendbarkeit des GWB auf private Verbraucher - sei es als Handlungssubjekt oder als Behandlungssubjekt - wird schließlich auf die Gesetzesmaterialien verwiesen. Diesen soll angeblich eindeutig zu entnehmen sein, daß jedenfalls private Verbraucher nach dem Willen des Gesetzgebers dem GWB nicht unterfallen. Begründet wird diese häufig anzutreffende Behauptung allerdings nicht, eine entsprechende Fundstelle aus den Gesetzesmaterialien ist bisher auch noch von niemandem genannt worden. Dies hat seinen einfachen Grund darin, daß die Materialien nicht einen einzigen Hinweis auf einen derartigen Ausnahmebereich enthalten.

a) Die parlamentarische Beratung

Obwohl das GWB zu einem der umstrittensten Gesetze gehörte und eine äußerst intensive Beratung über zwei

Legislaturperioden erfahren hat, ⁴⁹⁾ wurde über den Unternehmensbegriff in den Plenardebatten nicht ein einziges Wort verloren. ⁵⁰⁾ Bemerkenswert ist insoweit, daß auch ein so sachverständiger Kenner wie der Abgeordnete Professor Böhm hierzu nicht Stellung nahm, obwohl der von ihm selbst eingebrachte Gesetzesentwurf als einziger auf die Verwendung des Unternehmensbegriffs verzichtete. ⁵¹⁾ Sicher ist diese Nichtbeachtung im Plenum nicht überzubewerten, da Grundsatzfragen wie die nach der Einführung des Mißbrauchs- oder Verbotsprinzips wie allgemeine wirtschaftspolitische Überlegungen naturgemäß im Vordergrund der Debatten standen.

Auch der federführende Wirtschaftspolitische Ausschuß schenkte der Frage des Unternehmensbegriffs so gut wie keine Aufmerksamkeit. In seinem schriftlichen Bericht widmet der Ausschuß dem Unternehmensbegriff - noch dazu an recht versteckter Stelle - ganze zwei Sätze. Zu § 73 des Entwurfs (§ 98 GWB) heißt es - offenbar in Anlehnung an die Regierungsbegründung - wörtlich: ⁵²⁾ "Der Begriff Unternehmen, wie er in diesem Gesetz gebraucht wird, läßt sich nicht aus anderen Vorschriften, z.B. des Steuerrechts, entnehmen, sondern ist neu geprägt; maß-

49) Umfangreiche Nachweise im Frankf. Kommentar, Einl. Rdnr. 51 ff.

50) 220. Sitzung v. 26. 6. 1952, BT-Drucks. 3462; 76. und 77. Sitzung v. 24. und 31. 3. 1955, Sitzungsprotokolle 4161 ff. und 4227 ff.; 222. und 223. Sitzung v. 3. und 4. 7. 1957, Protokolle S. 13099 ff. und 13239 ff.

51) Vgl. BT-Drucks. II 1269; Protokolle S. 4218.

52) 1 zu § 73, BT-Drucks. 3644, 1159, abgedr. in GK, 1. Aufl., S. 1208 f.

gebend für seine Auslegung sind Sinn und Zweck dieses Gesetzes. Auch gemeinnützige Unternehmen fallen unter dieses Gesetz." Diese Äußerung wendet sich gezielt gegen eine Einschränkung des Unternehmensbegriffs durch Übernahme des gleichen Begriffs aus anderen Gesetzen. Gerade der Hinweis auf die Unmaßgeblichkeit des steuerrechtlichen Unternehmensbegriffs zeigt jedenfalls die Tendenz, daß das GWB einen eher weiteren Anwendungsbe-
reich erhalten sollte, da zu § 2 UmsatzsteuerG ein äußerst weitgehender Unternehmensbegriff vertreten wird. ⁵³⁾

Auch in den Ausschußberatungen war der Unternehmensbegriff nur im Zusammenhang mit der öffentlichen Hand Gegenstand der Erörterungen. Im Protokoll über die 171. Sitzung des Ausschusses für Wirtschaftspolitik vom 29. 3. 1957 heißt es wörtlich: In der anschließenden Diskussion ergibt sich, "daß der Ausschuß im Hinblick auf die Begründung zu dem Gesetzesentwurf bewußt auf eine weitergehende Definition des Unternehmensbegriffs im Hinblick auf die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand verzichtet. Der Ausschuß ist übereinstimmend der Auffassung, daß unter die beschlossene Formulierung auch jede Tätigkeit der öffentlichen Hand, so wie sie sich in einer Beteiligung am normalen wirtschaftlichen Verkehr darstellt, fällt, z.B. auch die Tätigkeit des Forst-Fiskus". Auch diesen Formulierungen ist der angeblich unzweifelhafte Wille des Gesetzgebers zur Ausklammerung der Privathaushalte nicht zu entnehmen.

53) Vgl. hierzu etwa Rau/Dürrwächter/Flick/Geist, UStG, Erl. zu § 2 Abs. 1 und 2; Plükebaum/Malitzky, UStG, § 2 Rdnr. 5 ff.

b) Die vorparlamentarischen Entwürfe

Schließlich können die vorparlamentarischen Überlegungen auf Regierungs- bzw. Ministerialebene, auf die sich der Ausschuß ganz offensichtlich bezieht, diesen Schluß ebenfalls nicht rechtfertigen. Die Regierungsbegründung weist sowohl zu § 1 als auch zu § 73 des Entwurfs (§ 98 GWB) auf die Eigenständigkeit des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs hin.⁵⁴⁾ Es findet sich neben dem Hinweis, daß die Grundsätze anderer Gesetze insoweit keine Rolle spielen können, erneut nur die besondere Betonung des Gesetzeszwecks für die Bestimmung des Unternehmensbegriffs. Auch die Bemerkung, daß sich § 1 an die bisherige Entwicklung, insbesondere an die Kartellverordnung anlehne,⁵⁵⁾ bringt keine weitere Klarheit, da der Unternehmensbegriff seinerzeit keine gesetzliche Verwendung und auch in der Literatur keine praktische Bedeutung erlangt hat.⁵⁶⁾

Damit verbleibt für die historische Auslegung allenfalls noch ein Zurückgreifen auf die verschiedenen Entwürfe, die auf Ministerialebene das spätere GWB vorbereitet haben.⁵⁷⁾ Der erste Entwurf nach dem Kriege⁵⁸⁾ stand

54) BT-Drucks. 1158 Anl. 1, 3 c zu § 1; 1 zu § 73, abgedr. in GK, 1. Aufl., S. 1075 bzw. 1123.

55) 1 zu § 1, abgedr. in GK, aaO., S. 1074.

56) Siehe oben S. 7 ff.

57) Die folgenden Entwürfe werden zitiert nach den im Bundeskartellamt zusammengestellten Materialien mit den dort angegebenen lfd. Nummern (z.B. BKartA Materialien Nr. 1).

58) BKartA Materialien Nr. 6.

noch ganz unter dem Zeichen, die deutsche Wirtschaftsmacht zu zerschlagen. Bereits nach der Präambel diente das Gesetz dazu, "Deutschlands Wirtschaftspotential für etwaige Kriegsführung zu zerstören". Es ist offensichtlich, daß diese Vorstellung mit dem GWB nichts gemein hat.

Auch die folgenden Entwürfe gingen noch nicht davon aus, das Wettbewerbsprinzip generell einzuführen und seine Einhaltung sicherzustellen, sondern wandten sich ausschließlich gegen wirtschaftliche Machtbildungen. In diesem Zusammenhang taucht erstmals - vergleichbar etwa dem § 10 KartVO - der Unternehmensbegriff auf. Der erste rein deutsche, wenn auch unter starkem alliierten Einfluß entstandene "Entwurf eines Gesetzes über die Auflösung und Beaufsichtigung wirtschaftlicher Machtstellung" vom 10. 6. 1947⁵⁹⁾ (unter Federführung von Dr. Josten) unterwarf in seinem § 1 "Unternehmen, die zu wirtschaftlicher Macht gelangt sind" ... "der Aufsicht sowie der Anweisungs- und Eingriffsbefugnis des Monopolamtes (§ 35 a) nach Maßgabe dieses Gesetzes". Das Erfordernis wirtschaftlicher Macht blieb in den folgenden Entwürfen enthalten, zunächst auch noch im Referentenentwurf eines "Gesetzes zur Sicherung des Leistungswettbewerbs" vom 1. 10. 1948⁶⁰⁾. Dieser Gesichtspunkt trat aber folgerichtig immer mehr in den Hintergrund, je mehr sich die Entwürfe auf ein Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen hin entwickelten. Als Ergebnis der Aus-

59) BKartA Materialien Nr. 55.

60) BKartA Materialien Nr. 76.

schaftstagung über den Entwurf vom 1. 10. 1948 vom 14. - 18. 3. 1949 ⁶¹⁾ wurde in die Präambel erstmals das "Ordnungsprinzip des Leistungswettbewerbs" aufgenommen. Nach § 1 dieses Entwurfs sollte "das Gesetz Anwendung finden auf Personen, Unternehmen, Beschaffungsstellen und deren Zusammenschlüsse, die wirtschaftliche Macht im Markte besitzen".

Der Gesetzentwurf vom 5. 7. 1949 ⁶²⁾ bestimmte in seinem § 2 den Anwendungsbereich des Gesetzes in gleicher Weise. Zusätzlich wurde in der Begründung zu diesem Entwurf ausgeführt: "Den Begriff Unternehmen verwendet § 2 in weitestem Sinne und umfaßt damit jede geschäftliche Betätigung". Im Entwurf vom 27. 10. 1949 ⁶³⁾, der unter unmittelbarer Federführung des damaligen Referatsleiters Dr. Günther entstand und erstmals die Bezeichnung GWB trug, erklärte in § 3 ausdrücklich, daß "alle Maßnahmen nach § 1, gleichgültig, ob sie von Personen oder Unternehmen vorgenommen werden", dem Gesetz unterfallen.

Auch der zweite Entwurf eines GWB vom 11. 11. 1949 ⁶⁴⁾ verwandte den Unternehmensbegriff ähnlich wie die Kartellverordnung nur in seinem § 6, der sich an marktbeherrschende Unternehmen wandte. § 1 dagegen lautete: "Absprachen jeder Art, jedes gemeinsame Zusammenwirken sowie einseitige Maßnahmen, deren Zweck oder Wirkung

61) BKartA Materialien Nr. 80 a.

62) BKartA Materialien Nr. 98.

63) BKartA Materialien Nr. 109.

64) BKartA Materialien Nr. 111.

in einer wesentlichen Beschränkung des Wettbewerbs besteht (Wirtschaftsbindungen), sind verboten". Bis hin zum 8. Entwurf vom 20. 4. 1950 blieb diese Vorschrift im Kern, d.h. insbesondere im Verzicht auf die Kennzeichnung der Normadressaten, unberührt. Erst der folgende Entwurf, ⁶⁵⁾ der der späteren Fassung des § 1 GWB schon relativ nahe kam, sprach von Verträgen im gemeinschaftlichen Interesse der beteiligten Unternehmen. Eine Begründung oder auch nur eine Andeutung, warum jetzt erstmalig der Unternehmensbegriff aufgegriffen wird, findet sich in den zugänglichen Unterlagen nicht. Der Unternehmensbegriff verbleibt nunmehr über die Entwürfe vom 20. 10. 1950, vom 21. 11. 1950 bis hin zum Entwurf vom 28. 1. 1951 ⁶⁶⁾ enthalten, der dem jetzigen § 1 GWB fast wortgleich ist.

c) Zwischenergebnis

Nachdem selbst den ministeriellen Vorarbeiten kein Grund für die Einführung des Unternehmensbegriffs zu entnehmen ist, kann jedenfalls ausgeschlossen werden, daß im Gesetzgebungsverfahren präzise Vorstellungen darüber geherrscht haben, wer als Unternehmen anzusehen ist oder nicht. Der mehrfache, begründungslose Wechsel in der Einführung und Streichung des Unternehmensbegriffs zeigt vielmehr, daß

65) Vom 5. 9. 1950, BKartA Materialien Nr. 154.

66) BKartA Materialien Nr. 164, 171 und 183.

die Verfasser des Gesetzes dem Unternehmensbegriff selbst offensichtlich keine wesentliche Bedeutung beigemessen haben. Die mangelnde Beachtung in der parlamentarischen Beratung, das Fehlen einer Begründung für die Einführung des Unternehmensbegriffs sowie schließlich der ausdrückliche Verzicht auf eine eigene Definition bestätigen insgesamt, daß den Gesetzesmaterialien für oder gegen die Einbeziehung des Verbrauchers in den Unternehmensbegriff nichts zu entnehmen ist. Die starke Betonung des Gesetzeszwecks als Auslegungsmaßstab für den "neu geprägten" Unternehmensbegriff zeigt vielmehr den Willen des Gesetzgebers, alle Subjekte in den Anwendungsbereich des GWB einzubeziehen, wenn und soweit der Gesetzeszweck dies erfordert. Da der Gesetzgeber also bewußt auf eine eigene Definition des Unternehmensbegriffs verzichtet, gleichzeitig Sinn und Zweck des Gesetzes zum maßgeblichen Auslegungskriterium erklärt hat, besteht keinerlei Gegensatz zwischen historischer und teleologischer Auslegung. Hinsichtlich des Unternehmensbegriffs schließt sich die historische Auslegung vielmehr der Teleologie an und bringt damit beide Kriterien zur Deckungsgleichheit.

10. Verwendungshäufigkeit und Abgrenzungsfunktion des Unternehmensbegriffs

Der gegenteilige Rückschluß wird allerdings häufig aus der Systematik des Gesetzes gezogen. Erkenne man dem Unternehmensbegriff keine eigenständige Abgrenzungsfunktion mehr zu, so soll es unverständlich sein, warum der Gesetzgeber diesen Begriff in das GWB aufgenommen habe. Mit

anderen Worten: Weil der Gesetzgeber die Adressaten dieses Gesetzes durch das Wort Unternehmen und nicht durch das neutrale "Wer" gekennzeichnet habe, müsse dem Unternehmensbegriff eine eingrenzende Funktion zukommen. ⁶⁷⁾

a) Kritik des Überflüssigkeitsarguments

Hier wird aus dem systematischen Argument, daß grundsätzlich nicht von der Überflüssigkeit einzelner Normen oder Tatbestandsmerkmale ausgegangen werden dürfe, auf den entsprechenden Willen des Gesetzgebers zurückgeschlossen. M. E. ist ein solcher Schluß jedenfalls dann unzulässig, wenn der Gesetzgeber erkennbar keine eigenen Vorstellungen mit einem bestimmten Begriff verbunden hat, sondern die Bestimmung eines neu geprägten Begriffs bewußt der Rechtsprechung und Lehre zuweist. Selbst wenn man die gegenteilige Auffassung grundsätzlich akzeptiert, muß ein solches formales Argument gegenüber einem teleologisch ermittelten Begriffsinhalt zurücktreten, wenn der Gesetzgeber diesen ausdrücklich in seinen Willen aufgenommen hat. Das allgemeine methodische Problem, in welchem Verhältnis teleologische, systematische und historische Auslegung zueinander stehen, hat der Gesetzgeber für den Unternehmensbegriff des GWB bewußt zugunsten der Teleologie entschieden.

67) So Schmidt-Huth, BB 1964, S. 1110; Schwarz, S. 44 f.

Im übrigen ist das Mißverhältnis zwischen Verwendungshäufigkeit und Bedeutung des Unternehmensbegriffs schon im Ansatz ein wenig durchschlagkräftiges Argument. Die Fälle, die über den Unternehmensbegriff bisher ausgeklammert worden sind, waren nie zahlreich. Heute kommen im Grunde neben den privaten Haushalten lediglich die öffentliche Hand, die freien Berufe sowie der arbeitsrechtliche Ausnahmebereich in Betracht. Berücksichtigt man, daß die öffentliche Hand in § 98 eine - wenn auch nicht erschöpfende - Sonderbehandlung erfahren hat,⁶⁸⁾ die freien Berufe bewußt nicht aus dem GWB ausgeklammert worden sind⁶⁹⁾ und über den Sonderfall des Arbeitsrechts stets Übereinstimmung bestand,⁷⁰⁾ so bleibt als eigenständige Funktion für den Unternehmensbegriff nur die Ausklammerung der privaten Haushalte.

In der Tat findet sich die Auffassung, daß sich die Bedeutung des Unternehmensbegriffs eben hierauf beschränkt.⁷¹⁾ Dann aber ist unter systematischen Gesichtspunkten ebenfalls nicht einzusehen, warum der Gesetzgeber zur Erzielung dieses Ergebnisses den Unternehmensbegriff nahezu 200 Mal ins GWB aufgenommen hat, statt etwa in einem § 1 a zu formulieren: "Dieses Gesetz findet keine Anwendung auf private Haushalte (ggf. öffentliche Hand, freie Berufe, Arbeitnehmer).

68) § 98 regelt unmittelbar nur die Frage der Anwendbarkeit auf Unternehmen, die im Eigentum der öffentlichen Hand stehen.

69) Siehe hierzu unten S. 181.

70) Schon die Reg.Begr. weist darauf hin, "daß Abreden über Abschluß oder Inhalt von Arbeitsverträgen (Forts. S. 152)

Die Tatsache, daß dieser schlichte Weg nicht gewählt worden ist, spricht eher dafür, daß der Gesetzgeber auch mit der Einführung des Unternehmensbegriffs vor- schnelle Einengungen des Anwendungsbereichs des Ge- setzes verhindern wollte.

b) Der Sonderfall der Empfehlungsverbote

Als weiteres systematisches Argument für die notwendige Eingrenzungsfunktion des Unternehmensbegriffs wird schließlich der Verzicht auf diesen Begriff in den §§ 20, 38 Abs. 2 a. F. (jetzt: 38 Abs. 1 Nr. 10 - 12) genannt.⁷²⁾ Wenn sich der Gesetzgeber dort bewußt und ausnahmswei- se an jedermann wende, müsse mit dem Unternehmens- begriff offensichtlich ein engerer Adressatenkreis um- schrieben sein.

Im Hinblick auf die Empfehlungsverbote liegt die Un- schlüssigkeit dieser Argumentation auf der Hand. Nicht nur das Empfehlungsverbot, sondern sämtliche in § 38 auf- geführten Ordnungswidrigkeiten wenden sich an jedermann,

Forts. Fn. 70 von S. 151:
nicht darunter (das GWB) fallen", ordnet diese Frage aber bezeichnenderweise den Begriffen "Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen" zu, vgl. Reg. Begr. 1 b zu § 1, abgedr. in GK, 1. Aufl., S. 1075.
Fn. 71 von S. 151:
So z.B. ausdrücklich Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 255.

72) Siehe die Angaben oben S. 150 Fn. 67.

d.h. aberausschließlich an natürliche Personen. Damit wird also nicht nur eine Erweiterung, sondern zugleich auch eine Einengung gegenüber dem Unternehmensbegriff vorgenommen. Ganz unabhängig von kartellrechtlichen Besonderheiten findet dies seinen Grund lediglich darin, daß das geltende Ordnungswidrigkeitsrecht ausschließlich eine Bestrafung natürlicher Personen zuläßt und die betroffenen Unternehmen nur als Nebenbetroffene erfaßt werden (vgl. §§ 9, 30, 130 OWiG). Obwohl sich die jeweiligen Grundnormen an Unternehmen wenden, kommt eine Bestrafung nur für natürliche Personen, häufig also Arbeitnehmer der betroffenen Unternehmen, in Betracht.

Die gesetzestechnische Besonderheit des Empfehlungsverbots besteht allein darin, daß das GWB insoweit auf die Einführung einer gesonderten Grundnorm verzichtet und den Verbotstatbestand ausschließlich in eine Ordnungswidrigkeitsvorschrift eingekleidet hat. Das heißt jedoch nicht, daß sich das Empfehlungsverbot lediglich an natürliche Personen wendet, Empfehlungen juristischer Personen dagegen unberührt ließe. Die Ausnahmen der §§ 38 Abs. 2 und 38 a machen vollends deutlich, daß das GWB als kartellrechtliche Zurechnungsträger von Empfehlungen sehr wohl die Unternehmen ansieht, da diese Ausnahmen ausdrücklich nur für Empfehlungen von Unternehmen gelten. Auch der für die Bestimmung des Bußgeldrahmens maßgebliche Mehrerlös kann allein bei den Unternehmen selbst entstehen. Der Wahl des Wortes "Wer" in § 38 läßt sich somit für die Bestimmung des Unternehmensbegriffs nichts entnehmen, sondern ist eine notwendige Folge des straf- und ordnungswidrigkeitsrechtlichen Schuldprinzips.

c) Das Fehlen des Unternehmensbegriffs
in §§ 20, 21

Sieht man in die Kommentare zu § 20, so findet sich regelmäßig der Hinweis, daß § 20 sich zwar ausnahmsweise nicht nur an Unternehmen wende, dieser Umstand in Betracht des weiten Unternehmensbegriffs aber nicht ins Gewicht falle.⁷³⁾ In der Tat würde auch unter Zugrundelegung des bisher allgemein vertretenen Unternehmensbegriffs der Anwendungsbereich des § 20 in keiner Weise eingeengt, wenn man diese Vorschrift nur auf Verträge zwischen Unternehmen anwenden würde. Wer die dort genannten Schutzrechte veräußert und dem Erwerber dabei Beschränkungen auferlegt, nimmt am Verkehr mit gewerblichen Leistungen teil. Eine solche Handlung hält sich unter keinen Umständen mehr im rein privaten Bereich, gleichviel, wie der Lizenzgeber sonst auch immer zu qualifizieren ist.

Dem Lizenznehmer müssen die unzulässigen Beschränkungen ohnehin innerhalb seines Geschäftsverkehrs auferlegt werden, was allein bei Unternehmen in Betracht kommt. Eben deshalb wendet sich § 20 Abs. 3 in völlig gleichlautender Weise gegen Beschränkungen des Erwerbers, Lizenznehmers oder anderer Unternehmen. Die "Nahtverlegungs"-Entscheidung des BGH⁷⁴⁾ macht dieses

73) Vgl. Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 20 Rdnr. 2; Reimer, GK, 2. Aufl., § 20 Rdnr. 2.

74) WuW/E BGH 1253 (1257) "Nahtverlegung".

Ergebnis sehr deutlich, indem sie gerade den Abschluß von Lizenzvergabeverträgen für den "privaten" Lizenzgeber als unternehmensbegründend ansieht. Lizenzverträge sind also ein Beispiel dafür, daß schon die Verwirklichung dieses gesetzlichen Tatbestandes auch auf der Grundlage des bisher vertretenen Unternehmensbegriffs die Unternehmenseigenschaft der Vertragspartner begründet.

Eine erkennbare Begründung für die auf den Unternehmensbegriff verzichtende Fassung des § 20 ist den Materialien nicht zu entnehmen.⁷⁵⁾ Bei den zum Zeitpunkt des Gesetzgebungsverfahrens bestehenden Unklarheiten über den Unternehmensbegriff könnte dieser Fassung des § 20 allenfalls der Wille des Gesetzgebers entnommen werden, Probleme der Normadressatenschaft hier von vornherein auszuschließen. So wenig eindeutig die Vorstellungen über den generellen Anwendungsbereich des GWB insgesamt gewesen sein mögen, für § 20 wollte der Gesetzgeber offenbar klarstellen, daß jedenfalls hier keinerlei Einschränkungen vorgenommen werden sollen. In Anbetracht der heftigen Diskussion über die Einbeziehung der freien Berufe, die der Gesetzgeber bewußt offengelassen hat, hatte eine solche Klarstellung sicher ihren Wert, weil gerade Freiberufler als Lizenzinhaber besonders in Betracht kommen. Mit dieser Fassung, wonach jedenfalls für Beschränkungen im

75) Vgl. Reg. Begr. zu § 15 (§ 20 GWB), abgedr. in GK, 1. Aufl., S. 1089 ff.; Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses hierzu, abgedr., aaO., S. 1187 ff.

Zusammenhang mit Lizenzverträgen ein uneingeschränktes Verbot gelten sollte, ist jedoch in keiner Weise impliziert, daß hinsichtlich der anderen Vorschriften des GWB solche Einschränkungen zu gelten hätten.

10. Private Haushalte als Gelegenheitsanbieter

Als allein maßgeblich für die Erfassung der Verbraucher hat sich damit die Teleologie des GWB erwiesen. Diese aber erfordert es, die Freiheitssphäre Dritter auch gegen wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen im Rahmen von Angebotshandlungen zu schützen. Die Vertreter eines engeren Unternehmensbegriffs konzedieren selbst, daß entsprechende Eingriffe durchaus von privaten Verbrauchern ausgehen können.⁷⁶⁾ Beispiele sind bereits angeführt worden, soweit es Nachfragekartelle von Verbrauchern betraf. Noch weniger sind Anbieterkartelle solcher Verbraucher zu rechtfertigen.⁷⁷⁾ Ebenso wie Preisabsprachen zwischen Hotel- oder Pensionsbetrieben, etwa für die Dauer der Hannover Messe bestimmte Mindestpreise zu fordern, zweifelsfrei dem Verbot des § 1 unterliegen, müssen gleichartige Absprachen unter privaten Zimmervermietern, die gerade in diesem Beispielsfall eine überragende Rolle spielen, vom Kartellverbot erfaßt werden.

76) Siehe die Angaben oben S. 131 Fn. 35.

77) So aber für private Haushalte als Gelegenheitsanbieter Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 1 Rdnr. 9; Schmude, S. 81.

Obwohl etwa auch erfolgreiche Sportler als solche sicherlich als Privatleute anzusehen sind, müßten in gleicher Weise Absprachen unter besonders erfolgreichen Skifahrern, in Zukunft die Fabrikate bestimmter Markenhersteller gemeinsam nur gegen Zahlung vorher abgesprochener Mindestentgelte zu tragen, dem § 1 unterfallen. Man könnte allerdings die Auffassung vertreten, daß es sich in derartigen Fällen nicht mehr um Privatpersonen, sondern um Anbieter gewerblicher Leistungen handelt. Wenn die Kartellabsprache aber dem Abschluß eines entsprechenden Werbevertrages vorausgeht, kann die Unternehmenseigenschaft aber nur durch den Kartellschluß selbst begründet werden. Die Kartellierung sich neu bildender Märkte verletzt die Entscheidungsfreiheit Dritter in besonders hohem Maße, bei vollständiger Durchführung verhindert sie möglicherweise überhaupt das Entstehen entsprechender Wahlmöglichkeiten.

In diesem Zusammenhang bildet der "DFB"-Fall des Kammergerichts ein weiteres plastisches Beispiel. ⁷⁸⁾

Die Versuche der Firma Puma, Nationalspieler als Werbeträger für ihre Produkte zu gewinnen, scheiterten an der Exklusivvereinbarung des DFB mit der Firma Adidas. Hätten die Nationalspieler selbst nach vorheriger Absprache eine solche Exklusivvereinbarung geschlossen, so hätte dies eine Beschränkung des Wettbewerbs gemäß § 1 dargestellt. Es ist nicht einzusehen, warum eine derartige Vereinbarung kartellrechtlich nicht erfaßt werden sollte. Die Reihe möglicher Verbraucherkartelle ließe

78) WuW/E OLG 1429 "Deutscher Fußball Bund".

sich leicht fortsetzen, wenn auch zuzugeben ist, daß die Beeinflussung der Marktverhältnisse durch Verbraucher nur in Ausnahmefällen zu erzielen sein wird. Für diesen Fall aber ist es vom Schutzzweck des GWB her geboten, auch die Verbraucher insoweit als Unternehmen den Normen des GWB zu unterwerfen.⁷⁹⁾

11. Individualschutz als Verbraucherschutz

Noch weniger Anlaß besteht, die Verbraucher nicht nur als Normadressaten, sondern auch als unmittelbare Schutzobjekte einzelner GWB-Normen auszuklammern. Im Laufe der verstärkt einsetzenden Diskussion, inwieweit das GWB auch zum Verbraucherschutz eingesetzt werden könne,⁸⁰⁾ wird überwiegend ein unmittelbarer Schutzzweck zugunsten der Verbraucher und damit zugleich ein individuelles Klagerecht gemäß § 35 verneint.⁸¹⁾ Verbraucherschutz werde

79) Unter teleologischen Gesichtspunkten konzipieren dies auch Gandenberger, S. 96 f.; Müller-Henneberg, NJW 1971, S. 115; Schmidt/Huth, BB 1964, S. 1110; Schmude, S. 50.

80) Nachweise oben S. 115 Fn. 12, 13.

81) Goll, GRUR 1976, S. 491 f.; Gottwald, ZZP 1978, S. 20; v. Hippel, GRUR 1976, S. 527 f.; ders., Verbraucherschutz, S. 83 ff. (87); die dort für die gegenteilige Auffassung zitierten Arbeiten von Möschel, Oligopolmißbrauch, S. 210-211, 219, und I. Schmidt, Wettbewerbspolitik, S. 388 ff., äußern sich zu dieser Frage allerdings überhaupt nicht. Dies gilt auch für die Arbeit von Koch, Schadensersatz, S. 22 ff.; vgl. weiter Kahrs, S. 134 f.; K. Schmidt, Kartellver- (Forts. S. 160)

vom GWB nur mittelbar erzielt. Zwar wird teilweise zugestanden, daß diese generelle Aussage durchaus in Widerspruch zum Gesetzeszweck geraten kann, die Ausklammerung der Verbraucher aus dem Unternehmensbegriff lasse eine Änderung dieser Praxis aber nur de lege ferenda zu. ⁸²⁾

Im Gegensatz dazu wird in jüngster Zeit das GWB ausdrücklich als Verbraucherschutzgesetz bezeichnet, so daß des-
halb Abwehr- oder Schadensersatzansprüche für private Haushalte anerkannt werden müßten. ⁸³⁾

Beide Ansätze werden m.E. dem Schutzzweck des GWB nicht gerecht. Das GWB ist weder ein Gesetz zur Stützung der Institution Marktwirtschaft noch ein Verbraucherschutzgesetz, sondern primär ein Freiheitsschutzgesetz auf wirt-

Forts. Fn. 81 von S. 159:

fahrensrecht, S. 414 f.; Schricker, RabelsZ 36 (1972), S. 315, 326 ff. mit umfangreichen Nachweisen; Simitis, Verbraucherschutz, S. 23; Tilman, ZHR 141 (1977), S. 39; jegliche Stellungnahme fehlt bei allen Autoren, die einen Drittschutz des Kartellverbots generell verneinen, vgl. statt aller Benisch, GK, § 35 Rdnr. 7 mit umfangr. Nachweisen.

A.A. Clodius, S. 124 f.; Mailänder, Kartellpraxis, S. 186; ders., GK, EWGV Art. 85 Rdnr. 99; Reich/Tonner/Wegener, S. 251 f.; de lege ferenda auch Steindorff, ZHR 138 (1974), S. 508 ff. (514 f.); weitergehend jetzt wohl ders., JZ 1976, S. 31, wo diese Frage zumindest teilweise als von der Rspr. lösbar angesehen wird.

82) So besonders Tilman, ZHR 141 (1977), S. 47 f., 74 f.

83) So Reich/Tonner/Wegener, S. 32 ff.; Reich, ZRP 1975, S. 162.

schaftlichem Sektor. Diesem Gesetzeszweck aber wird es am ehesten gerecht, bestimmten Marktteilnehmern weder freiheitsbeschränkende Absprachen zu Lasten Dritter zu gestatten noch sie solchen ohne eigene Abwehransprüche auszusetzen, lediglich in der Hoffnung, die Wettbewerber dieser Dritten würden schon für Abhilfe zugunsten der Verbraucher sorgen. Zugleich wird damit die in der Ökonomie wachsende Erkenntnis vernachlässigt, wonach Wettbewerb nicht nur ein Austauschprozeß zwischen Wettbewerbern auf gleicher Handelsstufe ist, sondern auch durch das Verhalten der Abnehmer bis hin zu den Verbrauchern beeinflusst wird.⁸⁴⁾ Eine konsequente Gleichbehandlung privater Verbraucher mit allen anderen Marktbeteiligten sorgt nicht nur für den bestmöglichen Freiheitsschutz, sondern zugleich auch für einen umfassenden Verbraucherschutz.

a) Notwendigkeit eines verstärkten Individualschutzes

Es ist hier nicht der Ort, auf den Individualschutzcharakter einzelner GWB-Tatbestände einzugehen.⁸⁵⁾ Immerhin ist mit der "Krankenhauszusatzversicherungs"-Entscheidung⁸⁶⁾

84) Vgl. hierzu Reich/Tonner/Wegener, S. 32; Scherhorn, ZVP 1977, S. 20 ff.; wenn deren Preiswiderstand auch noch erheblich zu gering ist; vgl. hierzu Scherhorn, ZVP 1977, S. 24 ff.; Schmidbauer, ZVP 1977, S. 90 ff.

85) Vgl. hierzu die Darstellung bei K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S. 371 ff.

86) WuW/E BGH 1361 "Krankenhauszusatzversicherung".

des BGH der Individualschutz des § 1 von der Rechtsprechung grundsätzlich anerkannt. Es ist bereits darauf hingewiesen worden, daß dies auch für die vor- oder nachgelagerte Marktstufe gelten muß, will man diesen Schutzzweck für bestimmte Fälle nicht wieder ganz beseitigen.⁸⁷⁾ Im Gegensatz dazu verbaut allerdings die "Strombezugspreis"-Entscheidung des BGH⁸⁸⁾ für die Praxis einen individuellen Abwehranspruch gegen Machtmißbrauch gemäß § 22. Wie stark einzelne Verbraucher gerade von solchen Maßnahmen betroffen sein können, soll das folgende praktische Beispiel verdeutlichen:

In den Berliner Strafanstalten werden die Waren des täglichen Gebrauchs ausschließlich von einem großen Warenhauskonzern geliefert. Dieser Konzern vertreibt Nahrungs- und Genußmittel in den Strafanstalten zu erheblich höheren Preisen, als sie sonst in seinen Warenhäusern verlangt werden. Dies zeigt, daß die Verweigerung von Individualansprüchen gegen derartige Maßnahmen in bestimmten Einzelfällen zu wenig sachgemäßen Ergebnissen führt. Es bleibt nur zu hoffen, daß der Gesetzgeber die Kritik an dieser Grundsatzentscheidung des BGH⁸⁹⁾ aufgreift und dem Vorschlag der Monopolkommission folgend, diese Frage zugunsten des individuellen Schutzcharakters des § 22 klärt. Nach der geplanten Klarstellung zu § 3 UWG⁹⁰⁾

87) Siehe oben S. 136 ff.

88) WuW/E BGH 1299 "Strombezugspreis".

89) Nachweise bei K. Schmidt, aaO., S. 264 ff.

90) So der Referentenentwurf v. Dezember 1977, zitiert nach der auszugsweisen Wiedergabe in DB 1978, (Forts. S. 163)

würde bereits die notwendige Harmonisierung zwischen UWG und GWB einentsprechendes Ergebnis für das GWB bedingen. Es ist nicht einzusehen, daß Verträge aufgrund irreführender Werbung über Schadensersatzansprüche korrigiert werden können, die gleichen Folgen als Ergebnis von Preisabsprachen oder Monopolmißbräuchen dagegen sanktionslos hinzunehmen wären.

b) Individualschutz und Unternehmensbegriff

Im übrigen ist die Frage nach dem Schutzzumfang der §§ 1 bzw. 22 gänzlich unabhängig vom Unternehmensbegriff zu lösen. Beide Vorschriften verwenden dieses Tatbestandsmerkmal ausschließlich zur Kennzeichnung der Normadressaten. Betrachtet man die Betroffenen der dort inkriminierten Verhaltensweisen auf der nachgeschalteten Marktstufe als Schutzobjekte dieser Normen, so ist auch eine noch so enge Auslegung des Unternehmensbegriffs kein Hindernis, die Verbraucher in diesen Schutzbereich einzubeziehen. "Anderer" im Sinne des § 35 ist jeder, dessen wirtschaftliche Freiheit durch wettbewerbswidrige Maßnahmen eingeschränkt wird. Faßt man die §§ 1, 22 als Individualschutznormen zugunsten der jeweiligen Abnehmer auf, so spricht nichts dagegen, auch Verbrauchern eigene Abwehransprüche aus § 35 zuzubilligen.

Forts. Fn. 90 von S. 162:

S. 75; K. Schmidt, aaO., S. 414 m.w.N., weist zutreffend darauf hin, daß der Drittschutzgedanke dem GWB eher zu entnehmen ist als dem UWG.

Etwas anderes gilt allerdings für die §§ 25 Abs. 2, 26 Abs. 2. Zwar ist gerade hier nahezu unbestritten, daß beide Vorschriften dem Schutz der betroffenen Unternehmen dienen.⁹¹⁾ Obwohl § 26 Abs. 2 Satz 2 seinem Wortlaut nach eine Einschränkung auf Unternehmen nicht mehr enthält, besteht Übereinstimmung, daß mit der Neufassung lediglich eine Erweiterung des Adressatenkreises beabsichtigt war.⁹²⁾ Auch Diskriminierungen marktstarker Unternehmen sind deshalb nur gegenüber anderen Unternehmen unzulässig. Damit ergäbe sich ein eigenartiger Widerspruch, wenn über § 22 alle Abnehmer geschützt wären, eine Einschränkung dagegen für den Spezialfall eines Machtmißbrauchs in § 26 Abs. 2 vorzunehmen wäre. Insoweit führt allein ein weiter Unternehmensbegriff unter Einbeziehung der Verbraucher zu einer sachgerechten Lösung. Behinderungen im Geschäftsverkehr können auch Verbraucher nur als Nachfrager erfassen, so daß sie stets gerade mit der Diskriminierung als Unternehmen behandelt werden.

Im Grundsatz gilt das gleiche für die §§ 15 ff. Die jeweils gebundenen Vertragspartner werden in der Gestaltungs- sowie Abschlußfreiheit mit Dritten beeinträchtigt. Auch hier werden die gebundenen Vertragspartner also in ihrer Eigenschaft als Anbieter von Waren betroffen. Es trifft allerdings zu, daß derartige Bindungen gegenüber privaten Haushalten in der Praxis kaum ausge-

91) Vgl. hierzu statt aller Benisch, GK, § 35 Rdnr. 4; a.A. für § 25 Abs. 2 allein Schmiedel, WRP 1966, S. 41.

92) Vgl. Tilmann, ZHR 141 (1977), S. 47 f. mit umfangreichen Nachweisen.

sprochen werden dürften. Der von Schwarz⁹³⁾ gezogene Schluß, Verbraucher schieden als gebundene Vertragspartner gemäß § 18 Ziff. 3 stets aus, trifft jedoch - ganz abgesehen von den oben bereits aufgezeigten methodischen Bedenken eines solchen Ansatzes - nicht zu. Ein Beispiel mag dies verdeutlichen:

Es ist langjährige Praxis der großen Automobilhersteller, ihren Mitarbeitern in bestimmten Zeitabständen den Erwerb werkseigener Fahrzeuge zu Sonderpreisen einzuräumen. Gleichzeitig müssen sich die Arbeitnehmer verpflichten, diese Fahrzeuge frühestens nach einem Jahr weiterzuverkaufen.⁹⁴⁾ Diese Maßnahmen dienen ganz offensichtlich dem Schutz der regionalen Einzelhändler vor einer möglichen Marktverstopfung. Im weiteren Umkreis von Wolfsburg ist heute schon ein Neuwagen über das normale VW-Vertriebsnetz kaum noch abzusetzen. Ohne entsprechende Bindung dürfte in dieser Region der Neuwagen-Markt gänzlich zusammenbrechen.

Den gleichen Schutz ihrer Vertragshändler könnte das Volkswagen-Werk auch durch Preisbindungen gemäß § 15 erzielen. Obwohl die Arbeitnehmer des VW-Werkes zweifelsfrei den Verbrauchern zuzuzählen sind, zeigt sich damit, daß auch Vertriebsbindungen privater Haushalte über gelieferte Waren nicht nur denkbar sind, sondern durchaus

93) S. 47.

94) Vgl. Der Spiegel, 32. Jahrg., Nr. 7 vom 19. 2. 1978, S. 76 ff. (77).

praktiziert werden. Selbst die von § 18 Abs. 1 lit. c geforderte wesentliche Wettbewerbsbeschränkung scheidet in diesen Beispielsfällen nicht von vornherein aus.⁹⁵⁾ Sollte etwa das VW-Werk ein eigenes Vertriebsnetz in der näheren Umgebung Wolfsburgs aufgeben, so entstünde damit zugleich ein Beispiel für akuten Anbieterwettbewerb privater Haushalte. In diesem Fall hätten die VW-Mitarbeiter die Gelegenheit, auch Neuwagen direkt mit einer erheblichen Gewinnspanne zu veräußern. Der dann durch den Wettbewerb zu erwartende Preisdruck in dieser Region könnte durch entsprechende Absprachen - etwa unter Regie des Betriebsrats - wirksam aufgefangen werden. Auch hier ist nicht einzusehen, warum derartige Absprachen unter Gelegenheitsanbietern nicht dem Verbot des § 1 unterfallen sollen.

Eine andere Frage ist es schließlich, inwieweit auch Dritte, die von den Folgen einer solchen Preis- oder Vertriebsbindung oder eines Kartellschlusses nur mittelbar betroffen sind, in den Schutzbereich dieser Norm einbezogen werden sollen.⁹⁶⁾ Für § 15 ist diese Frage uneingeschränkt zu bejahen. Der Schutz des gebundenen Vertragspartners kann nicht alleiniger Zweck dieser Vorschrift sein. Regelmäßig sind es gerade die Einzelhändler, die auf eine Preisbindung und nunmehr auf Preisempfehlungen drängen, um möglichst keinem Preiswett-

95) Bei Daimler-Benz wurde 1977 jedes 4. Fahrzeug auf dem deutschen Markt an einen Werksangehörigen verkauft, vgl. Der Spiegel, aaO., S. 77.

96) Vgl. zum Problem der mittelbar betroffenen Dritten K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S. 371 ff.

bewerb ausgesetzt zu sein. Nicht um ihrer Freiheit willen, sondern zum Schutze der von einer solchen Preisbindung betroffenen Dritten ordnet § 15 die Nichtigkeit entsprechen- der Vereinbarungen an. Es kann hier nicht eingehend unter- sucht werden, ob auch für § 18 das Gleiche gelten muß, ebenso wie offenbleiben kann, bis zu welchen nachgelager- ten Marktstufen sich der Schutzbereich des § 1 erstreckt. Die Entscheidung über die Einbeziehung auch der Verbrau- cher in diesen Schutzbereich fällt allein bei der Bestimmung des Schutzzwecks der jeweiligen Norm, aber völlig unab- hängig vom Unternehmensbegriff.

Insgesamt hat sich damit erwiesen, daß die These vom lediglich mittelbaren Verbraucherschutz des GWB nicht aufrecht zu erhalten ist. Soweit Verbraucher als gelegent- liche Anbieter oder Nachfrager in ihrer wirtschaftlichen Ent- scheidungsfreiheit in wettbewerbswidriger Weise beein- trächtigt werden, gewährt ihnen § 35 in Verbindung mit der jeweiligen Schutznorm bereits de lege lata einen eigenen Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch.

c) Individualschutz und Verbandsklage

Ein solches Ergebnis steht auch nicht etwa in Widerspruch zum UWG oder zu § 35 Abs. 2. Die mangelnde Klagebe- fugnis der Verbraucher gegen unlautere Wettbewerbsmaß- nahmen beruht ausschließlich darauf, daß die Vorschriften des UWG lediglich als Schutzgesetze zugunsten der Wett-

bewerber angesehen werden.⁹⁷⁾ Mit der Ausweitung des Schutzzwecks des § 3 UWG wird auch hier automatisch eine Änderung eintreten.⁹⁸⁾ Bei dem insoweit weitergehenden Schutzzweck des GWB ist eine Beschränkung der Klagebefugnis zu Lasten der Verbraucher jedenfalls unter diesem Gesichtspunkt nicht einsichtig. Die Gefahr der Popularklage besteht schon deshalb nicht, weil nicht für jeden Verbraucher, sondern nur für die jeweils betroffenen privaten Haushalte Abwehransprüche entstehen können.⁹⁹⁾

Die Klagebefugnis der Verbände in §§ 13 a UWG, 35 Abs. 2 trifft dagegen qualitativ einen ganz anderen Fall. Diese sind gerade nicht auf die Geltendmachung individueller Ansprüche ihrer eigenen Mitglieder beschränkt.¹⁰⁰⁾ Die Tatsache, daß § 35 Abs. 2 Verbraucherverbände im Gegensatz zu § 13 a UWG nicht einbezieht, kann deshalb über die Klagebefugnis einzelner Verbraucher nichts aussagen.¹⁰¹⁾

97) So zuletzt BGH, NJW 1974, S. 1503 = GRUR 1975, S. 140.

98) Vgl. oben S. 162 Fn. 90.

99) Eine solche Abgrenzung ist sicher mit Schwierigkeiten verbunden, schließt deshalb einen Drittschutz aber nicht generell aus; vgl. statt aller K. Schmidt, aaO., S. 382 ff., gegen Sandrock, JurA 1970, S. 48 (56).

100) Das verkennt Schricker, RabelsZ 36 (1972), S. 328, wenn er eine Klagebefugnis der Verbraucherverbände allein mit dem Argument ablehnt, diese selbst könnten keinen Schaden erleiden. Kritik hieran schon bei K. Schmidt, aaO., S. 415 FN 469.

101) Auch eine analoge Anwendung des § 13 a UWG kommt für das GWB deshalb entgegen Wolf, Klagebefugnis, S. 41, nicht in Betracht; dagegen auch schon v. Hippel, Verbraucherschutz, S. 87, für eine Einführung der Verbandsklagebefugnis de lege ferenda; ders., (Forts. S. 169)

Die Zubilligung eigener Abwehransprüche auch für private Verbraucher ist keineswegs nur ein theoretisches Problem, dessen praktische Auswirkungen ohne Bedeutung blieben. Die Erfahrungen, die in den Vereinigten Staaten mit Verbraucherklagen gemacht worden sind, berechtigen im Gegenteil zu der Hoffnung, daß auch die Effektivität des GWB mit der Einbeziehung privater Haushalte in seinen Anwendungs- und Schutzbereich erheblich gesteigert werden kann.¹⁰²⁾ Allerdings ist zuzugeben, daß die Wirksamkeit von Verbraucherklagen durch die prozessuale Behandlung in den Vereinigten Staaten, insbesondere durch die sogenannte "class-action" verstärkt wird. Eine solche Ausgestaltung des Prozeßrechts wäre de lege ferenda auch für das GWB zu begrüßen.¹⁰³⁾ Weiterhin scheint für das amerikanische geklärt zusein, daß auch mittelbar Geschädigte einen eigenen Ersatzanspruch durchsetzen können.¹⁰⁴⁾ Auch hier sollte der Gesetzgeber wegen der zurückhaltenden Auslegung des § 35¹⁰⁵⁾ Klarheit schaffen.

Forts. Fn. 101 von S. 168:

RabelsZ 40 (1976), S. 528; Gottwald, ZZP 1978, S. 33 ff.; Reich, ZVP 1977, S. 235; Steindorff, ZHR 138 (1974), S. 516 f.; Tilman, ZHR 141 (1977), S. 71.

102) Vgl. hierzu Gottwald, aaO., S. 1 ff.; Steindorff, aaO., S. 508 ff.

103) So Gottwald, aaO., S. 36 f.

104) Vgl. hierzu Steindorff, aaO., S. 510 f. mit umfangr. Nachweisen; damit dürfte die Befürchtung von K. Schmidt, aaO., S. 416, schon praktisch widerlegt sein, daß eine sachgemäße Selektion der zum Schadensersatz Berechtigten nicht gelingen könne.

105) Vollständige Nachweise bei K. Schmidt, aaO., S. 371 ff.

12. Die kartellrechtliche Behandlung der Verbraucherverbände

Die vorstehend entwickelte Einbeziehung der Verbraucher in den Anwendungsbereich des GWB wirft allerdings zugleich die Frage auf, ob damit nicht auch Verbrauchervereinigungen per se als Kartelle anzusehen sind. Der bisher erzielte verbraucherfreundliche Effekt wäre erheblich geschmälert, wenn nicht gar in sein Gegenteil verkehrt, falls den Verbrauchern diese Koordinierungsmöglichkeiten vollständig entzogen würden. Weitgehend wird bisher die kartellrechtliche Unbedenklichkeit der Verbraucherzusammenschlüsse mit Hilfe des Unternehmensbegriffs gelöst.¹⁰⁶⁾ Es fragt sich deshalb, ob nicht andere Tatbestandsmerkmale des § 1 eine sachgemäße Lösung möglich machen.

a) Verbraucherinformation

Die Mehrzahl der sogenannten Verbraucherverbände dient lediglich der Verbraucherinformation. Durch Preis- und Qualitätsvergleiche sollen die Verbraucher in die Lage versetzt werden, die Vor- und Nachteile der verschiedenen

106) So Müller-Henneberg, GK, § 1 Rdnr. 7; die dort zitierte Stellungnahme der Kartellreferenten des Bundes und der Länder, abgedr. in DB 1966, S. 334, spricht allerdings nur davon, daß Verbraucherorganisationen nicht gegen das GWB verstoßen, ohne deutlich zu machen, mit Hilfe welchen Tatbestands- (Forts. S. 171)

Angebote abwägen zu können. Gekoppelt werden derartige Informationen häufig mit entsprechenden Empfehlungen. Ein derart aufgebautes Informationssystem über den Letztanbietermarkt könnte in gleicher Weise wie die bekannten Marktinformationssysteme des gewerblichen Handels als Kartell aufzufassen sein.¹⁰⁷⁾ Es bestehen jedoch schon erhebliche Zweifel, ob Marktinformationssysteme auf der Nachfrageseite überhaupt als Wettbewerbsbeschränkung betrachtet werden können.¹⁰⁸⁾ Diese Frage bedarf aber deshalb keiner abschließenden Klärung, weil Marktinformationssysteme ihre Bedenklichkeit nur über die Figur des sogenannten Geheimwettbewerbs erhalten.¹⁰⁹⁾ Ein derartiger Geheimwettbewerb besteht zwischen Verbrauchern aber gerade nicht. Es ist allerdings nicht zubestreiten, daß den privaten Haushalten eine vollständige Marktübersicht fehlt und Einkäufe deshalb ohne echte Vergleichsmöglichkeit getätigt werden.¹¹⁰⁾

Forts. Fn. 106 von S. 170:

merkmals dieses Ergebnis erzielt wird; vgl. zur Freistellung der Verbraucherorganisationen weiterhin Gandenberger, S. 95 f.; Günther, MA 1957, S. 36; Mahlmann, Genossenschaftsrecht, S. 60; Müller/Giessler, § 1 Rdnr. 40; Schmude, S. 80; Schwarz, S. 84 f.; Frankf. Kommentar, § 1 Rdnr. 26.

107) Dies ist in der Rspr. seit BGH WuW/E 1337 "Aluminium-Halbzeug" anerkannt; zum Streitstand in der Literatur vgl. statt aller Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 1 Rdnr. 66 ff.

108) Dagegen mit beachtlichen Gründen Köhler, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 88 f.

109) Grundlegend Markert, DB 1963, S. 1457 f.; umfangreiche Nachweise zum Ganzen bei Säcker, Zielkonflikte, S. 60 ff. Bestätigt wurde diese Auffassung nunmehr von BGH WuW/E 1337 (1342 f.) "Aluminium-Halbzeug".

(Forts. S. 172)

Diese faktische Unkenntnis hat mit dem schützenswerten Geheimwettbewerb jedoch nichts zu tun. Die Rechtsordnung schließt vielmehr einen derartigen Geheimwettbewerb unter Verbrauchern ausdrücklich aus, indem sie Letztanbieter zu Preisauszeichnungen ¹¹¹⁾ verpflichtet und jede nennenswerte Abweichung hiervon auch über Rabatte und Zugaben ¹¹²⁾ verbietet. Wird den Letztanbietern aber die gesetzliche Verpflichtung zur Offenlegung ihrer Preisgestaltung auferlegt und eine Abweichung im Einzelfall untersagt, so kann die faktische Unkenntnis einzelner Verbraucher nicht zugleich als rechtlich vom GWB zu schützender Geheimwettbewerb unter diesen Verbrauchern angesehen werden. Bloße Marktinformationsverfahren unter Verbrauchern stellen deshalb niemals eine unzulässige Beschränkung des Nachfragerwettbewerbs dar. Noch weniger kommt hierdurch eine Beschränkung des Anbieterwettbewerbs auf der Marktgegenseite in Betracht. Im Gegenteil wird dieser durch eine umfassende Verbraucherinformation stets verstärkt. ¹¹³⁾

Fn. 110 von S. 171:

Vgl. hierzu die Analyse von Schmidbauer, ZVP 1977, S. 90 ff., und Woll, Der Wettbewerb im Einzelhandel, S. 72 ff.

- 111) Verordnung über Preisangaben vom 10. 5. 1973, BGBl. I 461, abgedr. bei Baumbach/Hefermehl, S. 954 ff.
- 112) Zugabeverordnung vom 9. 3. 1932 i. d. F. vom 25. 6. 1969 (BGBl. I 645), abgedr. bei Baumbach/Hefermehl, S. 1338 ff.; Gesetz über Preisnachlässe vom 25. 11. 1933, abgedr. bei Baumbach/Hefermehl, S. 1411 ff.
- 113) Allgemein zur Verstärkung des Anbieterwettbewerbs durch Marktinformationsverfahren auf Nachfragerseite Köhler, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 88 f.

b) Einkaufskooperationen

Etwas schwieriger gestaltet sich die Beurteilung von Einkaufsgemeinschaften unter Verbrauchern. Diese reichen von Konsum- und Beamteneinkaufsgenossenschaften über Behörden-einkaufsstellen bis hin zu Sammelbestellungen im Versandhandel. ¹¹⁴⁾ Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, die gesamte Problematik der Einkaufsgemeinschaften eingehend erörtern zu wollen. ¹¹⁵⁾ Es genügt der Nachweis, daß die Einbeziehung der Verbraucher in den Unternehmensbegriff einer sachgemäßen Beurteilung dieser Verbrauchervereinigungen nicht im Wege steht.

Nimmt man Einkaufskooperationen grundsätzlich vom Kartellverbot aus, so führt auch der hier vertretene Unternehmensbegriff nicht zur Unzulässigkeit von Konsumgenossenschaften unter Verbrauchern. Bejaht man dagegen im Grundsatz die Kartelleigenschaft von Einkaufskooperationen - was allein dem hier vertretenen Schutzzweck des Gesetzes entspricht -, so ist zu untersuchen, ob solche Zusammenschlüsse auch unter Verbrauchern zu Wettbewerbsbeschränkungen führen können. Das setzt voraus, daß unter privaten Verbrauchern überhaupt Nachfrage-wettbewerb besteht.

114) Vgl. die Darstellung bei Geisbüsch, Nachfrager, S. 110 ff.

115) Vgl. statt aller Säcker, Zielkonflikte, S. 58 f.; ders., Archiv für öffentl. und freigemeinnützige Unternehmen, Bd. 9 (1971), S. 193 ff.; Sandrock, Kartellrecht und Genossenschaften, 1976; Großfeld/Stümpell, Genossenschaften, 1976; Beuthien, DB 1977, Beilage Nr. 5; Köhler, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 103 ff.

Damit ist die Frage nach dem Wettbewerbsbegriff des GWB gestellt. Nach der auch heute noch überwiegend vertretenen Auffassung ist Wettbewerb sowohl auf Anbieter- als auch auf Nachfragerseite zu definieren als das "selbständige Streben sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsverbindung mit Dritten (Kunden oder Lieferanten) durch Inaussichtstellen günstiger erscheinender Geschäftsbedingungen". ¹¹⁶⁾ Danach wäre auf normalen Konsumgütermärkten, in denen regelmäßig Käufermarktsituation herrscht, zumindest zweifelhaft, ob Wettbewerb zwischen Verbrauchern anzuerkennen ist. ¹¹⁷⁾ Auf diesen Märkten kommt es jedenfalls nicht vor, daß Verbraucher durch höhere Preisgebote um einen Vertragsschluß wetteifern. Unabhängig von dieser tatsächlichen Bestandsaufnahme wären Letztanbieter auch aus den dargelegten rechtlichen

116) Grundlegend Borchardt/Fikentscher, S. 15; ebenso Emmerich, Wettbewerb, § 1, 5; im Einzelnen ist hier nahezu alles streitig; vgl. statt aller Knöpfe, Wettbewerb, 1966; Sandrock, Grundbegriffe, S. 73 ff., 103 ff.; J.F. Baur, ZHR 134 (1970), S. 97 ff.; speziell zum Nachfragewettbewerb Köhler, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 22 ff.; schon die Materialien haben trotz Verzichts auf eine eigene Wettbewerbsdefinition auf das Streben nach Geschäftsabschluß durch bessere Leistungen sowie auf Kosten eines Wettbewerbers abgestellt; vgl. Reg.Begr. 3 d zu 1, abgedr. in GK, 1. Aufl., S. 1076; ebenso Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses zu § 1 GWB, abgedr. in GK, aaO., S. 1175.

117) Vgl. hierzu Köhler, aaO., S. 25 f.

Gründen gehindert, von ihren ausgezeichneten Preisen nach oben abzuweichen. Dies gilt außerhalb der Grenzen des Rabatt-Gesetzes auch für Abweichungen nach unten.

Unabhängig hiervon besteht unter den Verhältnissen des Käufermarktes auch keine gegenseitige Rivalität zwischen Nachfragern. Bemühungen von Verbrauchern um günstigeren Bezug von Waren geschehen dort nie unter Berücksichtigung der Verhaltensweisen anderer Nachfrager. Einem Verbraucher ist regelmäßig gleichgültig, zu welchen Preisen andere Haushalte bestimmte Produkte erwerben. Da bei Verbrauchsgütern des täglichen Lebens ein Wiederverkaufsmarkt für private Haushalte regelmäßig nicht besteht, scheidet auch eine Beschränkung des späteren Anbieterwettbewerbs aus. Es ist allerdings zuzugeben, daß schon im Grundsatz angezweifelt werden kann, ob mit der oben wiedergegebenen Definition Wettbewerb im Sinne des GWB vollständig gekennzeichnet ist. Die erforderliche gegenseitige Beeinflussung dürfte auch unter gewerblichen Marktteilnehmern gerade bei dem sogenannten "vollkommenen Markt" kaum anzutreffen sein. 118) Erst recht bestehen Zweifel, ob Anbieter- und Nachfragewettbewerb tatsächlich in gleicher Weise zu bestimmen sind.

Diese äußerst schwierige Problematik bedarf hier jedoch keiner weiteren Erörterung. Einkaufsgemeinschaften treten im Gegensatz zu einzelnen Verbrauchern nämlich als Nachfrager ausschließlich gegenüber Großhändlern oder Herstellern auf. Dieser Weg ist Verbrauchern faktisch

118) Vgl. zum Ganzen Köhler, aaO., S. 25 ff., 35 ff.

wie rechtlich verschlossen. Allein wären Verbraucher zu einer Nachfrage auf dieser Marktstufe überhaupt nicht in der Lage. Damit entfällt bei einer derartigen Kooperation eine Wettbewerbsbeschränkung aus den gleichen Gründen, wie sie das Bundeskartellamt zur Frage der Arbeitsgemeinschaften entwickelt hat.¹¹⁹⁾ Dies gilt im übrigen auch, wenn Nachfragerzusammenschlüsse ausnahmsweise einmal an Letztanbieter herantreten, wie dies etwa im Falle einer Sammelbestellung vorkommt. Die Möglichkeit zu einer entsprechenden Rabattgestaltung besteht für Versandunternehmen gegenüber einzelnen Verbrauchern weder rechtlich noch faktisch. Durch solche Einkaufsgemeinschaften erzielen die Verbraucher also nur eine Verbesserung ihrer Einkaufsbedingungen, aber eben nicht durch Beschränkung eines zwischen ihnen bestehenden Wettbewerbs.¹²⁰⁾ Damit erweist sich der Wettbewerbsbegriff als das geeignete Tatbestandsmerkmal für eine auf die jeweiligen Einzelfälle abstellende Betrachtungsweise, die der jeweiligen Situation angepaßte, sachgemäße Ergebnisse ermöglicht.

13. Ergebnis

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, daß auch Verbraucher sowohl als Normadressaten wie als Schutzobjekte des GWB

119) WuW/E BKartA 709 "Verwertungsgesellschaften"; TB 1968, S. 76; TB 1970, S. 51; Benisch, Kooperationsfibel, 4. Aufl., S. 260 ff.

120) So allgemein für die bloße Auftragssammlung Köhler, aaO., S. 151 f.

in Betracht kommen. Über den Weg eines umfassenden Freiheitsschutzes für alle Marktteilnehmer einschließlich der Verbraucher erzielt das GWB somit unmittelbar Verbraucherschutz, ohne deshalb die herkömmlichen Verbrauchervereinigungen zutangieren.

II. Die freien Berufe

Seit Beginn des Gesetzgebungsverfahrens zählt die Frage der Geltung des GWB für die sogenannten freien Berufe zu den meistdiskutierten Problemen dieses Gesetzes.¹⁾ Es ist nicht Aufgabe dieser Arbeit, den Gesamtkomplex der damit verbundenen Problematik in allen Einzelheiten zu erörtern. Die nachfolgenden Ausführungen bemühen sich lediglich um den Nachweis, daß der Unternehmensbegriff jedenfalls kein geeigneter Ansatzpunkt für die Entscheidung für oder gegen die Anwendbarkeit des GWB auf die freien Berufe ist.

Vorab ist darauf hinzuweisen, daß bereits der Begriff "freier Beruf" äußerst schillernd ist und eine klare Abgrenzung der damit zu erfassenden Berufe nicht zuläßt.²⁾ Es ist schon zweifelhaft, ob der - ja auch vom GWB nicht benutzte - Begriff des freien Berufs überhaupt als Rechtsbegriff aufgefaßt werden kann. Andererseits gibt es be-

-
- 1) Vgl. hierzu statt aller: Denkschrift des Bundesverbandes der freien Berufe vom 25. 11. 1952, auszugsweise abgedr. in WuW 1953, S. 174; Bache, NJW 1971, S. 126; Benkendorff, WuW 1956, S. 20; v. Beringe, DB 1960, S. 409; Frankf. Kommentar, § 1 Rdnr. 5; Ganten, ZHR 139 (1975), S. 401; Gelhausen, Freie Berufe, 1973; Harms, NJW 1976, S. 1289; Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 1 Rdnr. 10 f.; Müller/Giessler, § 1 Rdnr. 46; Müller-Henneberg, GK, § 1 Rdnr. 18; Rauschenbach, Anwaltsblatt 1973, S. 275; Rittner, Unternehmen und freier Beruf als Rechtsbegriffe, 1962; R. Schmidt, Freie Berufe und Kartellgesetz, 1969; Schmude, S. 114 ff.; Spitzbarth, NJW 1954, S. 453.
- 2) Vgl. hierzu BVerfGE 10, 354 (364); Fleischmann, Die freien Berufe im Rechtsstaat, S. 106 ff.; Gelhausen, aaO., S. 3 ff.

stimmte Berufsgruppen, wie etwa Ärzte und Rechtsanwälte, die unzweifelhaft als freie Berufe anzusehen sind. Sie sollen deshalb Gegenstand der nachfolgenden Erörterungen sein. Ergibt sich aber, daß schon diese "klassischen" freien Berufe in den Anwendungsbereich des GWB einzubeziehen sind, so ist erst recht kein Grund ersichtlich, andere Berufsgruppen mit noch stärkerem gewerblichen Einschlag vom Geltungsbereich des GWB auszuklammern. Weiterhin wird hier nur die Anwendbarkeit des GWB auf freie Berufe "als solche" untersucht. Es ist unstreitig, daß bei Ausübung eindeutig wirtschaftlicher Tätigkeit außerhalb des eigentlichen Berufsspektrums das GWB auf jeden Fall zur Anwendung kommen muß.³⁾

1. Die endgültige Einbeziehung durch die Rechtsprechung

Selbst für den Kernbereich freiberuflicher Tätigkeit ist die Diskussion in den letzten Jahren dadurch weitgehend zum Abschluß gekommen, daß nunmehr auch die höchstgerichtliche Rechtsprechung in Anlehnung an die ständige Praxis des Bundeskartellamtes sowie im Einklang mit zahlreichen obergerichtlichen Entscheidungen und der jetzt ganz überwiegenden Meinung in der Literatur die Unterneh-

3) Vgl. Frankf. Kommentar, § 1 Rdnr. 5; Müller-Henneberg, GK, § 1 Rdnr. 18.

menseigenschaft der freien Berufe anerkannt hat. ⁴⁾ Zur Klarstellung ist allerdings darauf hinzuweisen, daß damit nicht eine generelle Qualifizierung der freien Berufe als Unternehmen im Sinne des GWB verbunden ist. Wie stets, geht es auch hier lediglich darum, bestimmte Verhaltensweisen freiberuflich tätiger Personen der Kontrolle des GWB zu unterwerfen.

Einer solchen grundsätzlichen Einbeziehung wettbewerbsrechtlich relevanter Tätigkeiten dieser Personen in das GWB ist im Ergebnis voll zuzustimmen. Allein die von der Rechtsprechung bisher erfaßten Fällen haben mehr als deutlich gemacht, daß es zwischen -, durch - und gegenüber Freiberuflern zu Wettbewerbsbeschränkungen kommen kann, die ein Eingreifen des GWB erfordern. Sinn und Zweck des Gesetzes sprechen eindeutig für eine Einbeziehung der freien Berufe in den Unternehmensbegriff.

4) Zuletzt BGH (Großer Senat für Zivilsachen), WuW/E 1469 "Autoanalyzer"; WuW/E BGH 1474 "Architektenkammer"; ohne grundsätzliche Stellungnahme, aber in der Sache ebenso WuW/E BGH 647 "Rinderbesamung"; WuW/E 1325 "Schreibvollautomat"; ebenso KG WuW/E OLG 322 "Vereidigte Buchprüfer"; OLG Stuttgart WuW/E OLG 549; KG WuW/E OLG 1687 "Laboruntersuchungen"; OLG Celle WuW/E OLG 1623 "Architektenkammer"; OLG München, BB 1974, S. 34 f.; weitere Nachweise bei Emmerich, ZHR 139 (1975), S. 479; Harms, NJW 1976, S. 1290; BKartA TB 1960, S. 16; WuW/E BKartA 50 "Vereidigte Buchprüfer"; TB 1973, S. 20 f.; WuW/E BKartA 1498 "Laboruntersuchungen".

2. Abweichende Auffassungen in der älteren Literatur

Soweit dagegen mit dem Wortlaut, insbesondere dem angeblich abweichenden allgemeinen Sprachgebrauch argumentiert wird,⁵⁾ kann auf die entsprechenden Ausführungen zum möglichen Bedeutungsspektrum des Unternehmensbegriffs verwiesen werden.⁶⁾

Auch den Gesetzesmaterialien läßt sich für einen Ausnahmebereich zugunsten der freien Berufe nichts entnehmen. Zwar ist ein Änderungsvorschlag des Bundesrates,⁷⁾ die freien Berufe in einem § 1 Abs. 3 ausdrücklich als Unternehmen im Sinne des GWB zu bezeichnen, vom Wirtschaftspolitischen Ausschuß abgelehnt⁸⁾ und daraufhin nicht Gesetz geworden. Der Bundesrat selbst hielt seinen Änderungsvorschlag aber nur für "klarstellend", so daß aus seiner Streichung für oder gegen die Einbeziehung der freien Berufe nichts entnommen werden kann.⁹⁾ Im übrigen ist dieser Streit dadurch obsolet geworden, daß der Gesetzgeber anläßlich der 2. Kartellgesetznovelle ausdrücklich klargestellt hat, zu einer gene-

5) So der Frankf. Kommentar, § 1 Rdnr. 5; tendenziell auch R. Schmidt, Freie Berufe, S. 35; zuletzt unter Berufung auf eine Jahrtausende alte Tradition Reinhart, GRUR 1976, S. 521 f.

6) Siehe oben S. 119 ff.

7) BT-Drucks. I/3462 Anl. 2.

8) 204. Sitzung vom 21. 5. 1953.

9) So ausdrücklich die Begründung, BT-Drucks. I/3462 Anl. 2; hierzu Benkendorff, WuW 1956, S. 20 f.; R. Schmidt, aaO., S. 31 ff.; Gelhausen, S. 72; Schmude, S. 114 ff.; a. A. Frankf. Kommentar, § 1 Rdnr. 5.

rellen Freistellung der freien Berufe bestehe keine Notwendigkeit. ¹⁰⁾ Dies zeigt, daß auch der Gesetzgeber von der Möglichkeit ausgeht, freie Berufe als Unternehmen im Sinne des GWB zu qualifizieren.

Ebensowenig kommt schließlich eine Ausklammerung dieser Berufsgruppen mit der Begründung in Betracht, Freiberufler erbrächten ihre Leistungen ohne Einsatz unternehmerischer Hilfsmittel, sondern unter Einsatz individueller geistiger Leistungen und dies im Dienste des Gemeinwohls, nicht aber um der damit erzielten Einkünfte willen. ¹¹⁾

Es ist heute nahezu unbestritten, daß ein bestimmtes Mindestmaß an Organisationsgröße für den Unternehmensbegriff ebensowenig erforderlich ist wie die Gewinnerzielungsabsicht. ¹²⁾ Im übrigen zeigen Entwicklungen in freiberuflichen Bereichen, wie das Entstehen von Architektenbüros mit dreistelligen Mitarbeiterzahlen, sogenannte Anwaltsfirmen etc., daß die individuelle Leistung des einzelnen Freiberuflers durchaus nicht mehr allein im Vordergrund steht. Der Dienst am Gemeinwohl als angebliche Antriebsfeder von Freiberuflern erschien auch Anfang der 50iger Jahre kaum als zutreffende Beschreibung der tatsächlichen Verhältnisse; heute läßt sich eine solche Behauptung schlicht nicht mehr aufrecht erhalten.

10) BT-Drucks. 7/765 S. 13.

11) So die Denkschrift des Bundesverbandes der freien Berufe vom 25. 11. 1952, abgedr. in WuW 1953, S. 174; ähnlich Rittner, Unternehmen, S. 21.

12) Vgl. statt aller Müller-Henneberg, GK, § 1 Rdnr. 5 m.w.N.; a.A. v. Gamm, Das Kartellrecht der EWG, S. 40.

Zum Einwand von Rittner, freier Beruf und Unternehmen seien sich ausschließende materiale Begriffe, wurde oben bereits allgemein Stellung genommen. ¹³⁾ Derartige vor-gesetzlich entwickelte Begriffe können den Unternehmens-begriff des GWB nicht determinieren.

3. Konkurrenz von Kartell- und Standesrecht

Als Argument für eine generelle Freistellung der freien Berufe verbleibt somit allein noch der Umstand, daß für bestimmte Berufsgruppen ein gesondertes Berufsstandes-recht entwickelt worden ist. Bei einem bestimmten Min-destmaß an funktionierendem Standesrecht soll eine zu-sätzliche Kartellaufsicht nicht mehr erforderlich sein, so daß die Anwendbarkeit des GWB für diese Berufe mit Hilfe des Unternehmensbegriffs generell ausgeschlossenwer-den könne. ¹⁴⁾

Diese Auffassung läßt zunächst unberücksichtigt, daß Standesrecht und Wettbewerbsrecht ganz unterschiedliche Anliegen verfolgen, so daß bestimmte wettbewerbsrechtli-che Teilbereiche von Standesnormen zwangsläufig nicht erfaßt werden können. Als Beispiel mag die "Schreibvoll-automaten"-Entscheidung des BGH genügen. ¹⁵⁾ Die Fra-ge, ob ein Rechtsanwalt aus § 26 Abs. 2 in Verbindung

13) Siehe oben S. 4 ff.

14) Müller-Henneberg, GK, § 1 Rdnr. 18; zust. Müller, Giessler, § 1 Rdnr. 46.

15) WuW/E BGH 1325 "Schreibvollautomat".

mit § 35 einen Anspruch auf Abschluß eines Wartungsvertrages herleiten kann, kann das Standesrecht naturgemäß nicht lösen. Im übrigen hat die jüngste Entscheidungspraxis mehr als deutlich gemacht, daß der Schutz des Wettbewerbs nicht eben das Hauptanliegen der standesrechtlichen Berufsorganisationen ist. Selbst im Bereich standesrechtlicher Normierungen bleiben immer noch wettbewerbsrechtlich relevante Teilbereiche offen, die einer kartellrechtlichen Erfassung zugänglich sein müssen.

Eine so eingehende Regelung wie die Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung ordnet beispielsweise nur die Verbindlichkeit gewisser Mindestgebühren an. Es bleibt jedem Rechtsanwalt also unbenommen, höhere Gebühren zu vereinbaren, was etwa im Bereich der Strafverteidigung ganz überwiegende Praxis ist. Insoweit sind Rechtsanwälte also in ihren Gebührenforderungen standesrechtlich ungebunden, entsprechende Absprachen würde also auch standesrechtlich nicht erfaßt werden können. Eine Vereinbarung unter sämtlichen Rechtsanwälten eines bestimmten Gerichtsbezirks, nur noch bei Bezahlung gewisser Mindestsätze eine Verteidigung zu übernehmen oder etwa in Sozialgerichtsverfahren erst nach Abschluß einer Gebührenvereinbarung aufzutreten, ¹⁶⁾ würde jedoch zweifelsfrei zu Lasten der geschützten Dritten, also der nachfragenden Mandanten gehen. Das gleiche gilt von entsprechenden Empfehlungen

16) So etwa die Empfehlung eines Standardkommentars zur Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung, Gerold/Schmidt, § 116 Rdnr. 2.

der Anwaltskammer oder Vereine wie auch für Vereinbarungen dieser Organisationen mit Rechtsschutz- oder Haftpflichtversicherern. ¹⁷⁾

In diesen Bereichen hat das GWB eine eigenständige Funktion wahrzunehmen. Nur insoweit, als tatsächlich im Einzelfall eine abschließende Regelung des Standesrechts vorliegt - wie etwa das Werbeverbot für fast alle freien Berufe -, mag das GWB zurücktreten. Dies ist aber keine Frage des Unternehmensbegriffs, sondern lediglich eine solche der Gesetzeskonkurrenz. Soweit Angehörige freier Berufe wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen zu Lasten Dritter treffen, besteht stets Anlaß, sie grundsätzlich einer kartellrechtlichen Kontrolle zu unterziehen. Nur "wenn und soweit" Wettbewerb durch Standesrecht ausdrücklich ausgeschlossen ist, kommt ein Zurücktreten des GWB hinter derartige Sondervorschriften in Betracht. ¹⁸⁾

Bedenken gegen die Behandlung der freien Berufe durch die Rechtsprechung bestehen somit nicht im Ergebnis, wohl aber in der Begründung. Die Ableitung der Unternehmenseigenschaft aus eigener Marktteilnahme wirkt häufig

17) Vgl. etwa das Abkommen der Bundesrechtsanwaltskammer mit mehreren großen Haftpflichtversicherern über die Gebührenerstattung bei Verkehrsunfällen, abgedr. bei Gerold/Schmidt, Anhang 14.

18) So jetzt auch der BGH, WuW/E BGH 1474 "Architektenkammer"; ebenso Gelhausen, S. 118 f.; Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 1 Rdnr. 10; Schmude, S. 135.

gekünstelt, teilweise ist sie überhaupt nicht mehr möglich. Es genügt hier, auf die oben eingehend behandelten "Ärztchammer"-Entscheidungen zu verweisen. Es bleibt zu hoffen, daß die Rechtsprechung den ansatzweise beschrittenen Weg, die kartellrechtlich inkriminierte Handlung selbst zur Begründung der Unternehmenseigenschaft heranzuziehen, fortführt. Es läge in der Konsequenz einer solchen Entwicklung, auf die eigene Marktteilnahme als eigenständige Voraussetzung ganz zu verzichten.

III. Die Arbeitnehmer

Ebenso wie beim privaten Haushalt soll es sich nach verbreiteter Auffassung beim Arbeitnehmer um einen Gegenbegriff zum Unternehmen handeln.¹⁾ Erst jüngst ist sogar der Versuch unternommen worden, mit dem Begriffspaar Arbeitnehmer - Unternehmen das Arbeits- und Wirtschaftsrecht voneinander abzugrenzen.²⁾ Diesen Auffassungen liegt ein Verständnis vom Unternehmensbegriff innerhalb des GWB zugrunde, das den Erfordernissen dieses Gesetzes nicht gerecht wird.

Es ist nicht die Aufgabe dieser Arbeit, die äußerst schwierige und bisher vernachlässigte Abgrenzung³⁾ zwischen Arbeits- und Kartellrecht als einem bedeutenden Teil des Wirtschaftsrechts vorzunehmen.⁴⁾ Die nachstehenden Ausführungen bemühen sich allein um den Nachweis, daß die Qualifikation einer Person als Arbeitnehmer nichts über die Anwendbarkeit des GWB auf Handlungen dieser Personen auszusagen vermag und das Begriffspaar Arbeitnehmer - Unternehmen deshalb zur Abgrenzung des Arbeitsrechts vom Kartellrecht nichts beiträgt.

-
- 1) Hendriks, S. 42 ff.; ders., ZHR 141 (1977), S. 3; Müller-Henneberg, GK, § 1 Rdnr. 13; Rancke, S. 229 ff.; Schmude, S. 81 ff.; Vaubel, S. 22 f.; Rinck, Rdnr. 747; im Ergebnis ebenso Däubler, Grundrecht, S. 311, 313; de lege lata zust. Gandenberger, S. 99 ff.
 - 2) So insbesondere Rancke, S. 227; für das Schweizer Recht ebenso Mathys, S. 34 ff.
 - 3) Entsprechende Kritik schon bei Lieb, RdA 1974, S. 261.
 - 4) Der einzig umfassende Abgrenzungsversuch stammt (Forts. S. 188)

1. Arbeitnehmer als Unternehmen im Sinne
des GWB

Soweit die Gegenbegrifflichkeit zwischen Arbeitnehmer und Unternehmen auf den sich angeblich ausschließenden Wortsinn gestützt wird,⁵⁾ kann auf die entsprechenden Ausführungen zum privaten Haushalt verwiesen werden. Es geht auch hier nicht um die Frage, ob ein Arbeitnehmer ein Unternehmen ist, sondern ob er bei bestimmten Verhaltensweisen als Unternehmen angesehen werden kann. Eine Person beim Abschluß eines Kartellvertrages, dem Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung oder bei einem Boykottaufruf als Unternehmen aufzufassen, wird vom allgemeinen Sprachgebrauch durchaus gedeckt. Im übrigen ist schon sprachlich der Gegenbegriff zur Arbeitnehmer der Arbeitgeber und nicht der auf ganz andere Kategorien abstellende Unternehmensbegriff.

Die fehlende Vergleichbarkeit zwischen Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsrechts und Unternehmen im Sinne des GWB ergibt sich bereits aus den gänzlich unterschiedlichen definitorischen Ansätzen. Arbeitnehmer im Sinne

Forts. Fn. 4 von S. 187:

von Hendriks sowie für das Schweizer Recht von Mathys; vgl. weiterhin die Arbeiten von Rancke und Vaubel; Buchner, ZHR 134 (1970), S. 165 ff.; Steindorff, RdA 1965, S. 253 ff.; Biedenkopf, Gutachten zum 46. DJT (1966), S. 97 ff. (156 ff.); Däubler, Grundrecht, S. 311 ff.; ders., Arbeitsrecht, S. 101 ff.; zum speziellen Problem der Streikhilfeabkommen vgl. Säcker, ZHR 137 (1974), S. 455 ff.; Hendriks, ZHR 141 (1977), S. 1 ff.; Kraft / (Forts. S. 189)

des Arbeitsrechts wird überwiegend noch immer definiert als Person, "die aufgrund arbeitsrechtlichen Vertrages oder eines ihm gleichgestellten Rechtsverhältnisses im Dienste eines anderen zur Arbeit verpflichtet ist". ⁶⁾ Im Gegensatz zum funktionalen, d.h. handlungsbezogenen Unternehmensbegriff des GWB wird der Arbeitnehmer also institutionell bestimmt. Die Fragestellung lautet für das Arbeitsrecht deshalb nicht, ob eine Person als Arbeitnehmer handelt, sondern ob sie generell als Arbeitnehmer anzusehen ist.

Diese Unterscheidung bleibt auch von jüngeren Untersuchungen unberührt, die sich bemüht haben, einen abweichenden Arbeitnehmerbegriff zu entwickeln. ⁷⁾ Die dort genannten Kriterien sind ebenfalls rein institutioneller Art. Sie mögen für das Arbeitsrecht ihren Wert haben, sind aber für die Frage der Anwendbarkeit des GWB ohne jede Aussagekraft, wenn man dem GWB nicht ebenfalls einen institutionellen Unternehmensbegriff zugrunde legt, was aus den verschiedensten und bereits

Forts. Fn. 4 von S. 187/188:

Hönn, ZHR 141 (1977), S. 230 ff.; zum amerikanischen Recht vgl. Markert, WuW 1965, S. 922 ff., und Biedenkopf, Unternehmer und Gewerkschaft, S. 230 ff.

Fn. 5 von S. 188:

Müller-Henneberg, GK, § 1 Rdnr. 13; Gandenberger, S. 101 f.

6) Hueck/Nipperdey, I § 9 II; Schaub, § 8, jeweils m.w.N.

7) Vgl. statt aller Stolterfoth, Handelsvertreter, 1973, und Rancke, Freie Berufe, S. 43 ff. mit umfangr. Nachweisen.

dargelegten Gründen eben nicht in Betracht kommt. Mit der Qualifizierung einer Person als Arbeitnehmer erhält sie den Schutz des Arbeitsrechts, was jedoch nicht ausschließt, sie für bestimmte Handlungen auch als Unternehmen im Sinne des GWB anzusehen. Einige Beispiele sollen dies verdeutlichen.

Im Rahmen der Behandlung der "Ärztekammer"-Entscheidungen wurde schon darauf hingewiesen, daß Sinn und Zweck des § 25 Abs. 2 es gebieten, entsprechende Drohungen von seiten der Krankenhausärzte durch diese Norm zu erfassen. Insoweit handeln dann auch Krankenhausärzte als Unternehmen, obwohl die Verwendung oder auch die Nichtverwendung von Präparaten bestimmter Hersteller in ihren Arbeitsbereich als Angestellte des jeweiligen Krankenträgers fallen. Die nach Sinn und Zweck des GWB erforderliche Einbeziehung in den Unternehmensbegriff schließt eine gleichzeitige Anwendbarkeit bestimmter arbeitsrechtlicher Normen jedoch nicht aus. Es ist nicht einzusehen, warum die Erfassung derartiger Verhaltensweisen durch das GWB zur Folge haben soll, solchen Krankenhausärzten ihren Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle, Urlaub, Mutterschutz etc. zu versagen.

Ebensowenig ist ein Grund ersichtlich, Lizenzfußballspielern den arbeitsrechtlichen Schutz zu versagen, nur weil möglicherweise Absprachen über die Vermarktung ihrer Werbekraft dem § 1 unterstellt werden.⁸⁾ Auch nachver-

8) Vgl. hierzu oben S. 158.

tragliche Wettbewerbsverbote in Arbeitsverträgen werden den betroffenen Arbeitnehmern gerade nicht für die Dauer ihres Arbeitsverhältnisses und damit in ihrer Eigenschaft als Arbeitnehmer, sondern als zukünftigen Unternehmen auferlegt. Die damit erzielte Beschränkung potentiellen Wettbewerbs sollte zumindest ausschließen, derartige Fragen unter Hinweis auf den Arbeitnehmerstatus der Betroffenen von vornherein aus dem GWB auszublenden.⁹⁾

Ob und inwieweit derartige Wettbewerbsbeschränkungen durch die Vorschriften des HGB gedeckt sind, ist erneut nur eine Frage der Gesetzeskonkurrenz, nicht aber eine solche des Unternehmensbegriffs.¹⁰⁾ Auch die bereits erwähnten Vertriebsbindungen zu Lasten der Arbeitnehmer der großen Automobilhersteller treffen die Mitarbeiter ja in ihrer Funktion als zukünftige Warenanbieter und damit selbst nach herkömmlicher Definition als Unternehmen.

2. Die Untauglichkeit des Arbeitnehmerbegriffs zur Abgrenzung von Arbeits- und Kartellrecht

Die genannten Beispielfälle betreffen allerdings durchweg Fälle, in denen Arbeitnehmer selbst Markt- oder Marktbezugshandlungen vornehmen oder in diesem Zusammen-

9) So etwa Frankf. Kommentar, § 1 Rdnr. 12; dagegen zu Recht Baumbach/Hefermehl, 8. Aufl., § 1 Rdnr. 12, 19; Schmude, S. 82 f.; Bauer, in: Festschrift für Schnorr, S. 8.

10) Es ist ebenso wie bei der Frage nach der Konkurrenz (Forts. S. 192)

hang Objekt einer entsprechenden Behandlung sind. Scheidet der Arbeitnehmerbegriff jedenfalls insoweit als Abgrenzungskriterium aus, so könnte er zumindest für den Kernbereich arbeitsrechtlicher Normen, also den Dienstleistungsmarkt im Gegensatz zum Markt für Waren und gewerbliche Leistungen, hilfreich sein. Beide Märkte unterliegen aus guten Gründen gänzlich unterschiedlichen Regelsmechanismen,¹¹⁾ die ihren gesetzlichen Niederschlag in Art. 9 Abs. 3 GG und außerhalb des Kernbereichs in § 1 TVG einerseits und im GWB andererseits gefunden haben.

a) Die Funktionslosigkeit eines funktionalen Arbeitnehmerbegriffs

Zur Abgrenzung beider Regelungsbereiche könnte der Arbeitnehmerbegriff aber insoweit dienen, als er Maßnahmen dem Anwendungsbereich des Art. 9 Abs. 3 GG zuweist und damit dem GWB entzieht, die ein Arbeitnehmer "als solcher" vornimmt. Bei näherem Zusehen erweist sich jedoch, daß auch dieser Ansatz für die eindeutigen Fälle verzichtbar, in den problematischen Randfällen ungeeignet ist.

Forts. Fn. 10 von S. 191:

zwischen § 112 HGB und § 1 GWB keineswegs selbstverständlich, daß die §§ 60, 74 ff. HGB, 133 GewO, 88, 268, 284 AktG durch das GWB nicht berührt werden; so aber Müller-Henneberg, GK, § 1 Rdnr. 107; zust. KG WuW/E OLG 1377 (1382) "Starkstromkabel"; je nach den Umständen differenzierend dagegen BGH WuW/E 519 "Kino" einerseits sowie BGH, DB 1978, S. 833, andererseits.

11) Siehe S. 193.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß die Denkfigur eines "Arbeitnehmerhandelns als solchem" einen funktionalen und damit einen eigenständigen kartellrechtlichen Arbeitnehmerbegriff voraussetzt. Diese Betrachtung ist streng davon zu trennen, Handlungen bestimmter Personen schon deshalb der kartellrechtlichen Kontrolle zu entziehen, weil sie als Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsrechts angesehen werden.¹²⁾ Definiert man als arbeitnehmerische Handlungen dagegen das Anbieten von Dienstleistungen in sozialer Abhängigkeit im Gegensatz zu den von § 1 geforderten gewerblichen Leistungen, so wird mit Hilfe eines solchen Begriffs eine tatbestandliche Ausgrenzung vom Kartellrecht erzielt. Dies gelingt jedoch allein mit Hilfe des Begriffs der gewerblichen Leistungen, die als eigenständiges Tatbestandsmerkmal in nahezu allen materiellen Vorschriften des GWB vorhanden sind.¹³⁾ Damit ist der

Fn. 11 von S. 192:

Vgl. statt aller Hendriks, S. 11 ff.; Säcker, ZHR 137 (1973), S. 455 (463 ff.), jeweils mit umfangr. Nachweisen.

12) So ausdrücklich Rancke, S. 222 ff.

13) Nicht zu Unrecht hat deshalb schon die Reg.Begr. den "arbeitsrechtlichen Ausnahmebereich" dem Tatbestandsmerkmal der gewerblichen Leistungen zugeordnet, vgl. Reg.Begr. 3 b zu § 1, abgedr. in GK, 1. Aufl., S. 1075; so auch Dörinkel, WuW 1966, S. 938; Frankf. Kommentar, Einl. D Rdnr. 55; Gandenberger, S. 101; H. Jäger, WRP 1961, S. 142; Meyer/Wegelin, § 1 Anm. 2, 7; Müller/Giessler, § 1 Rdnr. 103; Müller-Henneberg, GK, § 1 Rdnr. 92; Rasch/Westrick, § 1 Rdnr. 29; Rieger, S. 181; Rinck, Rdnr. 659; Säcker, ZHR 137 (1973), S. 464; Sandrock, Grundbegriffe, S. 159; Schmude, S. 45; Vaubel, S. 8; Hendriks, S. 30 f.; ders., ZHR 141 (1977), S. 3; da regelmäßig das Angebot bzw. die (Forts. S. 194)

Aussage, daß jemand bei dem Angebot unselbständiger Dienstleistungen nicht als Unternehmen, sondern als Arbeitnehmer tätig wird, zwar zuzustimmen, ¹⁴⁾ eine eigenständige Bedeutung kommt dieser Erkenntnis aber nicht zu.

Schon umgekehrt gilt die gleiche Aussage dagegen nicht mehr. Es ist nämlich nicht von vornherein ausgeschlossen, Personen auch bei der Warennachfrage als Arbeitnehmer anzusehen. In Betracht kommen hier z.B. die Fälle der Naturalentlohnung, bei denen allerdings zweifelhaft sein kann, ob die Warenbestellung der Arbeitnehmer noch als Marktnachfrage zu bezeichnen ist. Deutlicher dürften die bereits erwähnten Einkäufe der Arbeitnehmer der großen Automobilhersteller liegen, wo die verbilligte Abgabe von Personenkraftwagen kein Teil des Arbeitslohns ist. Hier steht keineswegs von vornherein fest, ob z.B. Diskriminierungen bestimmter Arbeitnehmer nach arbeitsrechtlichen oder kartellrechtlichen Kriterien zu beurteilen sind. Die verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten bis hin zum Abschluß einer entsprechenden Betriebsvereinbarung schließen eine sachgerechte Differenzierung mit dem Begriffspaar Arbeitnehmer - Unternehmen m. E. aus.

Forts. Fn. 13 von S. 193:

Nachfrage nach gewerblichen Leistungen zum Erfordernis des Unternehmensbegriffs gemacht wird, wird vielfach die Herausnahme des arbeitsrechtlichen Bereichs formal auf ein zweites Bein gestellt, teilweise läßt sich jedoch überhaupt nicht erkennen, mit welchem dieser beiden Tatbestandsmerkmale des § 1 konkret operiert wird.

- 14) Dies gilt dann auch für die entsprechende Nachfrage, unzutreffend deshalb Reimann, BB 1961, S. 157 ff.; für eine Einbeziehung des Arbeitsmarktes in das (Forts. S. 195)

b) Arbeitnehmerbegriff und Art. 9
Abs. 3 GG

Ebensowenig erfolgversprechend ist es, aus Art. 9 Abs. 3 GG einen Arbeitnehmerbegriff zu entwickeln, um mit seiner Hilfe diese Vorschrift von § 1 abzugrenzen.¹⁵⁾ Bedenken ergeben sich hier schon gegen den methodischen Ansatz. Es ist nicht einzusehen, warum beide Vorschriften nicht anhand ihrer eigenen Tatbestandsmerkmale voneinander geschieden werden können, sondern es hierzu eines neuen Begriffs bedarf, der seinerseits aus Art. 9 Abs. 3 GG entwickelt worden ist. Einem so gebildeten Begriff kann nicht mehr Abgrenzungskraft zukommen, als der zugrundeliegenden Norm selbst. Darüber hinaus kann dieser Begriff Allgemeingültigkeit allenfalls für das gesamte Arbeitsrecht beanspruchen. Ebensowenig wie eine ungeprüfte Übernahme des arbeitsrechtlichen Unternehmensbegriffs in das GWB in Betracht kommt, kann dies für andere Begriffe gelten, mit deren Hilfe die Grenze des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs festgelegt werden soll.

Uneinsichtig bleibt bei einem solchen Ansatz auch, wieso die derart begründeten kartellrechtlichen Freiräume nur für Arbeitnehmer, nicht aber auch für die von Art. 9 Abs. 3 GG gleichermaßen geschützten Arbeitgeber gelten sollen. Diese unterliegen auf dem Arbeitsmarkt eben-

Forts. Fn. 14 von S. 194:
GWB de lege ferenda auch Gandenberger, S.
102 f.

15) So aber Rancke, S. 185 ff., 222 ff.

falls nicht den Vorschriften des Kartellrechts. Es ist aber durchaus fraglich, ob ein Arbeitgeber selbst beim Angebot von Waren immer den arbeitsrechtlichen Bereich verlassen muß, wie es umgekehrt zweifelhaft ist, ob Arbeitsmarktregelungen unter allen Umständen dem GWB entzogen sind. Erweist sich sogar die Nachfrage oder das Angebot von Waren nicht in allen Fällen als eine taugliche Trennungslinie zwischen Arbeits- und Kartellrecht, so gilt dies verstärkt für bloße Bezugshandlungen zum Güter- bzw. Dienstleistungsmarkt. Handlungen, die sich auf den Arbeitsmarkt "beziehen" oder ihn "betreffen",¹⁶⁾ können in gleichem Zusammenhang zum Gütermarkt stehen oder diesen sogar unmittelbar¹⁷⁾ beeinflussen. Eine mittelbare Beeinflussung des Warenmarktes erfolgt bereits durch die von Art. 9 Abs. 3 GG zweifelsfrei erfaßte Regelung der Arbeitsbedingungen. Über diesen arbeitsrechtlichen Kernbereich hinaus läßt sich eine differenzierende Zuordnung mit den Begriffen Arbeitsmarktbezug bzw. Gütermarktbezug nicht vornehmen.

16) Mit diesen Begriffen arbeiten Säcker, ZHR 137 (1973), S. 467, und Vaubel, S. 99; kritisch hierzu schon Kraft/Hönn, ZHR 141 (1977), S. 247.

17) Deshalberscheint auch eine Abgrenzung nach der "Unmittelbarkeit" eines Waren- oder Arbeitsmarktbezugs nicht erfolgversprechend, wie Säcker, aaO., S. 467, sie vorschlägt; dagegen schon Kraft/Hönn, aaO., S. 247.

c) Überschneidungen zwischen Arbeits- und
Gütermarkt

Anhand einiger Beispiele sollen mögliche Überschneidungen von Arbeits- und Kartellrecht verdeutlicht werden. Arbeitszeitregelungen gehören sicher zu den von Art. 9 Abs. 3 GG erfaßten Arbeitsbedingungen. Ladenschlußzeiten dagegen regeln tendenziell das Außenverhältnis zu den Kunden.¹⁸⁾ Eine Absprache unter Gastwirten, in Zukunft schon eine Stunde vor der jeweiligen Sperrstunde zu schließen, wäre also eine unzulässige Kartellvereinbarung. Ein Übereinkommen, Kellner nicht länger als bis zu diesem Zeitpunkt zu beschäftigen, würde jedoch die gleiche Wirkung erzielen, wie umgekehrt ein früherer Geschäftsschluß für die Arbeitszeit der Arbeitnehmer den gleichen Effekt hätte. Es wäre damit eine reine Formulierungsfrage, welche Kontrollmaßstäbe an eine solche Vereinbarung anzulegen wären.¹⁹⁾ Materiell kann in beiden Fällen entweder Arbeitnehmerschutz oder eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt sein. Ein deutliches Beispiel dafür ist das Ladenschlußgesetz,²⁰⁾ das jedenfalls vorwiegend dem Arbeitnehmerschutz dient, dies aber durch eine unmittelbare Gütermarktregelung erzielt. Es erscheint deshalb nicht sachgerecht, diese Entscheidung von einer derartigen begrifflichen Deduktion abhängig zu machen.

18) Vgl. hierzu Hendriks, S. 63 ff.; Rehbinder, BB 1964, S. 895 ff.; Reimann, WRP 1962, S. 151 (154); Vaubel, S. 103 f.; jeweils m.w.N.

19) Darauf hat schon Reimann, aaO., S. 154, hingewiesen.

20) vom 28. 11. 1956 (BGBl. I S. 875).

Auf dem gleichen Markt stellt sich das verwandte Problem, inwieweit Bedienungszuschläge und ihre Weitergabe an das Personal im Hotel- und Gaststättengewerbe vereinbart werden können.²¹⁾ Auch hier müßte etwa eine bundesweite Vereinbarung, in Zukunft generell 15 % Bedienungszuschlag zu erheben, ohne weiteres kartellrechtlich verfolgt werden.²²⁾ Entsprechende Tarifverträge, die sich formal auf das Innenverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber beschränkten, könnten der Sache nach aber die gleichen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen erzielen. Ganz offensichtlich würde dies etwa, wenn in einem Tarifvertrag eine Erhöhung des Bedienungszuschlags auf 15 % vereinbart würde, von denen 13 % an die Arbeitnehmer weiterzugeben wären.

Auch ein tarifvertraglicher Lohn- und Preisstopp oder eine Begrenzung der Lohn- und Preiserhöhungen stellen Fälle aus dem Grenzbereich zwischen Arbeits- und Wirtschaftsrecht dar. Bei einer solchen Koppelung von Löhnen

21) Vgl. dazu den Beschluß der Kartellreferenten der Länder vom 8./9. 10. 1964, WuW/E KRT 48; Schoch, BB 1965, S. 477 ff.; Hendriks, S. 64; Müller-Henneberg, GK, § 1 Rdnr. 23, 74.

22) A.A. Hendriks, S. 64, "weil die unternehmerische Freiheit" des Gastwirts nicht beeinträchtigt werde; das ist aber auch bei gemeinsamen Verkaufsstellen und noch weniger bei Marktinformatiionsverfahren in diesem formalen Sinn der Fall; trotzdem werden sie mit Recht als Kartelle angesehen.

und Preisen in einem einheitlichen Tarifvertrag kann man m.E. die vorausgehende Beschlußfassung der Arbeitgeberseite nicht in Arbeitgeber- und Unternehmerhandlungen zerlegen. Unabhängig davon, ob solche Absprachen überhaupt noch von Art. 9 Abs. 3 GG oder zumindest von § 1 TVG gedeckt sind, stellt sich die Frage, ob gerade die Normen des Kartellrechts der geeignete Prüfungsmaßstab für die Zulässigkeit derartiger Regelungen sind. Zu denken wäre immerhin daran, Teilfragen, wie etwa diejenige nach der Zulässigkeit bestimmter Streikmaßnahmen, nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen zu bewerten und bei Rechtswidrigkeit solcher Maßnahmen Schadensersatzansprüche über das GWB (etwa § 25 Abs. 2 in Verbindung mit § 35) abzuwickeln. Auch § 823 Abs. 1 BGB ist sicher keine Norm des Arbeitsrechts, ohne daß deshalb Bedenken geäußert werden, in ihr die maßgebliche Folgenorm für Schadensersatzpflichten aus rechtswidrigen Arbeitskämpfen zu sehen.

Aktueller als das Problem des tarifvertraglichen Preisstopps ist derzeit die Frage eines Technologiestopps. Die Arbeitsplatzsorgen der Druckereifacharbeiter ließen sich sehr effektiv dadurch beseitigen, daß sich die Arbeitgeberseite verpflichtet, bestimmte Maschinen nicht anzuschaffen.²³⁾ Entsprechende Forderungen "betreffen"

23) Differenzierte Möglichkeiten gewerkschaftlicher Maßnahmen gegenüber technologischem Fortschritt nennt Biedenkopf, Unternehmer und Gewerkschaft, S. 240 ff.; ders., Gutachten, S. 156 ff. (159 f.), ders., Tarifautonomie, S. 5; Vaubel, S. 90 ff.

sicher den Warenmarkt, "beziehen" sich aber zugleich in hohem Maße auf den Arbeitsmarkt, um dessen Willen die Forderungen nach einem solchen Technologiestopp auch gestellt werden. In kleineren Druckereien könnten derartige Forderungen sogar auf besonderes Verständnis stoßen, weil diese die hohen Investitionskosten scheuen oder überhaupt nicht aufzubringen vermögen. Bei solchen Intentionen liegt die Anwendung des Kartellrechts zumindest sehr nahe.

Festzuhalten ist hier, daß Arbeitnehmer und Arbeitgeber die Arbeitsplatzsicherung nur mittelbar über eine unmittelbare Steuerung des Warenmarktes erzielen können. Trotzdem dürften solche Regelungen m.E. eher der Sphäre des Arbeits- als des Kartellrechts zuzurechnen sein. Dieses Beispiel macht jedoch besonders deutlich, daß auch die Begriffe unmittelbar - mittelbar keine geeigneten Kriterien zur Abgrenzung beider Rechtsbereiche darstellen, sondern daß auch und gerade durch Regelung des Warenmarktes die Gestaltung des Arbeitsmarktes bezweckt werden kann, wie umgekehrt im Gewande einer Arbeitsmarktregelung Wettbewerbsbeschränkungen nicht nur bewirkt, sondern durchaus intendiert werden können.

Kraft/Hönn haben hieraus gefolgert, der Zweck einer Vereinbarung sei das maßgebliche Kriterium für die Zuordnung zum Arbeits- bzw. Kartellrecht.²⁴⁾ Es ist

24) Kraft/Hönn, ZHR 141 (1977), S. 264 ff.; ähnlich Vaubel, S. 91; für das Schweizer Recht Mathys, S. 77 ff.

offensichtlich, daß die subjektive Zwecksetzung nicht maßgeblich sein kann, will man der Manipulierbarkeit nicht Tür und Tor öffnen. ²⁵⁾ Da die Tarifparteien aber sehr unterschiedliche Zwecke verfolgen können, erscheint es zumindest fraglich, ob mit einer objektiven Zwecksetzung eine solche Grenzlinie gefunden ist. Die Frage bedarf hier deshalb keiner abschließenden Klärung, weil die Anwendung des Kartellrechts zumindest dann anzunehmen ist, wenn die Wettbewerbsbeschränkung Geschäftsgrundlage einer Vereinbarung ist. ²⁶⁾ Ist dies der Fall, so kann auch an der Unternehmenseigenschaft der Vertragspartner kein Zweifel mehr bestehen. Andererseits ist fraglich, ob Arbeitsmarktregelungen der Tarifparteien, so sehr sie auch die Kartellierung des Warenmarktes bezwecken mögen, allein deshalb aus dem Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG herausfallen. M.E. ergeben sich hier auch für das deutsche Recht Zweifel, ob diese Problematik mit rechtlichen Mitteln allein lösbar ist. ²⁷⁾

Ein weiteres Beispiel für die enge Verknüpfung von Dienstleistungs- und Warenmarkt sind Boykottmaßnahmen im Rahmen eines Arbeitskampfes, bei denen über Druck auf den Warenmarkt verbesserte Arbeitsbedingungen durchgesetzt werden sollen. Sie sind von der Rechtsprechung grundsätzlich als zulässige Arbeitskampfmittel an-

25) Dies betont schon Biedenkopf, Unternehmer und Gewerkschaft, S. 241 f.; zust. Kraft/Hönn, aaO., S. 248.

26) Siehe hierzu oben S. 24 ff.

27) So für das amerikanische Recht Biedenkopf, aaO., S. 243.

gesehen worden.²⁸⁾ M.E. wäre es dann auch konsequent, Abwehrboykottmaßnahmen der Arbeitgeberseite rechtlich zuzulassen. Denkbar wäre z.B., bei einem Arbeitskampf im Bereich des Lebensmitteleinzelhandels die Coop-Zentrale durch Zulieferer zu boykottieren. Außerhalb von Arbeitskämpfen wären eine solche Maßnahmen zweifelsfrei von § 26 Abs. 1 erfaßt. Es erscheint durchaus fraglich, ob arbeitskampfrechtliche Erwägungen an diesem Ergebnis etwas zu ändern vermögen.

Die vorstehenden Ausführungen sollten verdeutlichen, daß das Begriffspaar Arbeitnehmer - Unternehmen die schwierige Frage nach der Abgrenzung zwischen Arbeits- und Kartellrecht weder zu lösen vermag noch hierfür ein Kriterium unter anderem darstellen kann. Andererseits werden auch hier keine Lösungsmöglichkeiten angeboten, was sich formal damit rechtfertigen läßt, daß diese Arbeit sich auf die Klärung des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs beschränkt. Unter kartellrechtlichen Aspekten sollten jedenfalls alle Marktbezugshandlungen Anlaß genug sein, sie grundsätzlich einer Kontrolle des GWB zu unterwerfen. Ob und inwieweit auch für solche Handlungen ein arbeitsrechtlicher Ausnahmebereich zuzulassen ist, kann nicht mit Hilfe formaler oder begrifflicher, sondern allein durch materiale Kriterien entschieden werden, deren Entwicklung bisher noch nicht gelungen ist.

28) Zuletzt BAG, APNr. 6 zu § 1 TVG - Form.

IV. Die Abwandlung des Unternehmensbegriffs in der Fusionskontrolle

Bewußt außer Betracht geblieben ist bisher der Gesetzesabschnitt über die Fusionskontrolle, für den nunmehr zu untersuchen ist, ob der vorstehend entwickelte Unternehmensbegriff übernommen werden kann oder bestimmter Modifikationen bedarf.

Als Charakteristikum aller anderen materiellen Normen des GWB hatte sich ergeben, daß das Gesetz bestimmte Handlungsweisen von Unternehmen - und in der Mehrzahl nur gegenüber Unternehmen - verbietet oder einer Mißbrauchskontrolle unterwirft. Regelungsgegenstand war also jeweils eine Handlung, deren Zurechnungsträger das GWB als Unternehmen bezeichnet. Der Umstand, daß sogenannte Marktbezugshandlungen zur Unternehmensqualifikation ausreichen, alle bisher untersuchten Normen aber selbst derartige Marktbezugshandlungen zum Gegenstand haben, ließ den Rückschluß von der Verwirklichung dieser Normen auf die Unternehmenseigenschaft des Handelnden zu und führte damit zur Funktionslosigkeit des Unternehmensbegriffs. Selbst dann, wenn man bloße Marktbezugshandlungen nicht genügen läßt, sondern tatsächliche Marktteilnahme fordert, wäre für diese Vorschriften doch immer für eine einzelne Handlung festzustellen, ob ein Subjekt gerade hierbei als Unternehmen auftritt oder nicht.

1. Das Unternehmen als Verfügungsgegenstand

Schon rein sprachlich gänzlich anders strukturiert ist die Regelung der Zusammenschlußtatbestände in § 23. Ge-regelt werden nicht bestimmte Handlungen von Unterneh-men, sondern der Zusammenschluß der Unternehmen selbst.¹⁾ Zwar ist das erwerbende Unternehmen auch Sub-jekt einer entsprechenden Erwerbshandlung, zugleich aber wird es damit zum Objekt des Zusammenschlusses. Noch stärker zeigt sich der Unterschied für das erworbene Unternehmen, das selbst am Erwerbstatbestand durch keinerlei eigene Handlungen mitwirken muß. Es wird da-mit auch nicht allein Objekt einer bestimmten Behandlung, wie etwa die diskriminierten Unternehmen im Sinne des § 26 Abs. 2, sondern es ist selbst Verfügungsgegenstand, also nicht Behandlungs-, sondern Verfügungsobjekt, ver-gleichbar etwa dem Erwerbsgegenstand des § 22 HGB.

2. Die sprachliche Aufspaltung von Unternehmen und Unternehmensträger

Es käme deshalb in Betracht, daß § 23 den Unternehmens-begriff aus diesem Grunde nicht mehr tätigkeitsbezogen, sondern rein institutionell verwendet, insbesondere auch die bisher angetroffene Gleichsetzung von Unternehmen und Unternehmensträger aufgibt. Das Gesetz selbst macht

1) In diesem Sinne auch Kleinmann/Bechtold, § 22 Rdnr. 4 und § 23 Rdnr. 175; trotz des Hinweises auf die Identität der Unternehmensbegriffe in §§ 1 und (Forts. S. 205)

jedoch deutlich, daß es auch im Rahmen des § 23 diese Unternehmensträger als Unternehmen ansieht, indem es etwa in § 23 Abs. 2 vom "Vermögen eines Unternehmens", vom Anteil am "stimmberechtigten Kapital eines Unternehmens" spricht und Verträge zwischen Unternehmen als Fusion erfaßt. ²⁾

Eine Trennung zwischen dem Inhaber und seinem Unternehmen nimmt das Gesetz allerdings in § 23 Abs. 4 sowie § 23 Abs. 2 Satz 2 vor. Soweit § 23 Abs. 4 wie auch § 46 Abs. 2 die jeweiligen Unternehmensinhaber nennt, geschieht dies aber nur, um eine bestimmte natürliche Person als anzeigepflichtig zu bestimmen. In gleicher Weise werden aber auch die Organe juristischer Personen verpflichtet, ohne daß deshalb Zweifel daran aufkommen könnten, die juristischen Personen selbst als die Unternehmen im Sinne des Gesetzes anzusehen. ³⁾

§ 23 Abs. 2 Satz 2 stellt sprachlich dagegen einen echten Systembruch dar, indem er den Einzelkaufmann als Inhaber von seinem Unternehmen trennt. Es erscheint zweifel-

Forts. Fn. 1 von S. 204:

23 der Sache nach ähnlich Frankf. Kommentar, § 23 Rdnr. 26, und Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 23 Rdnr. 36; die gesamte ältere Literatur übernimmt dagegen unesehen auch für die §§ 23 ff. den anhand der §§ 1 ff. entwickelten Unternehmensbegriff.

2) Vgl. hierzu statt aller Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 23 Rdnr. 35; Götz/Rieger, JuS 1968, S. 394 ff.; Müller-Henneberg, GK, § 1 Rdnr. 14 ff., jeweils m.w.N.; eingehend zum Ganzen schon oben S. 46 ff.

3) So schon Frankf. Kommentar, § 23 Rdnr. 27.

haft, ob eine derartige Anordnung überhaupt erforderlich war, da dem Einzelkaufmann ohnehin sein gesamtes Vermögen zuzurechnen ist.⁴⁾ Andererseits hat ein Einzelkaufmann im Gegensatz zu Handelsgesellschaften auch eine Privatsphäre. Die Schwierigkeiten, eine angemessene Trennung beider Bereiche zu finden, haben vor allem zur Entwicklung eines funktionalen Unternehmensbegriffs geführt.⁵⁾ Wenn im GWB diese Inhaber als Unternehmen angesehen werden, so hat das seine Ursache allein darin, daß andere Zurechnungsträger für die jeweiligen geschäftlichen Aktivitäten nicht in Betracht kommen.

Bilanztechnisch wäre es durchaus möglich und zulässig, ein Aktienpaket dem Privatsektor eines Kaufmanns zuzuweisen. Dann aber stellt sich für das Kartellrecht das Problem, welchem Bereich derartige Beteiligungen zuzurechnen sind, da der Einzelkaufmann sowohl Zurechnungsträger unternehmerischer wie privater Handlungen ist. Für die Frage der Fusionskontrolle schafft § 23 Abs. 2 Satz 2 Klarheit, indem er alle Anteile eines Kaufmanns seinem unternehmerischen Bereich zuweist. Seinen Grund hat dies darin, daß anderenfalls durch interne Umbuchung eine marktbeherrschende Stellung entstehen könnte, ohne daß dieser Vorgang noch von der Fusionskontrolle erfaßt werden könnte. In dieser Klarstellung erschöpft sich aber die Bedeutung des § 23 Abs. 2 Satz 2. Der Zuweisung von Privatvermögen in den Unternehmensbereich läßt sich somit nichts für eine grundsätzli-

4) Bedenken in dieser Richtung auch bei Kleinmann/Bechtold, § 23 Rdnr. 79.

5) Siehe oben S. 1 f.

che Umgestaltung des Unternehmensbegriffs entnehmen. Insoweit verbleibt es auch für die Fusionskontrolle bei dem bisher entwickelten Unternehmensbegriff als einem Zurechnungsträger unternehmensbegründender Handlungsweisen.

3. Die Notwendigkeit einer generellen Betrachtungsweise

Da als unternehmensbegründend Marktteilnahme- oder Marktbezugshandlungen angesehen wurden, wäre es möglich, diese Eigenschaft für den Erwerber zumindest in den Fällen des § 23 Abs. 2 Ziff. 1 - 3 unmittelbar aus dem Erwerbsgeschäft abzuleiten. Wer Anteile oder Vermögensteile eines anderen Unternehmens erwirbt, handelt hierbei als Marktteilnehmer und damit als Unternehmen. Käme es also auch für § 23 nur darauf an, ob ein Subjekt als Unternehmen handelt, so müßte dies erneut zur Funktionslosigkeit des Unternehmensbegriffs zumindest für den jeweiligen Erwerber führen. Auch das erwerbende Unternehmen muß jedoch nicht nur Zurechnungsträger des Erwerbsvorgangs, sondern zugleich auch als solches Objekt des Zusammenschlusses sein. Nicht jede Fusion zweier Subjekte begründet aber die Unternehmenseigenschaft der Fusionierenden. Erforderlich ist - abweichend von allen sonstigen materiellen Normen des GWB - für § 23 deshalb, daß die fusionierenden Unternehmen bereits vor dem Zusammenschluß die Unternehmenseigenschaft

besessen haben. ⁶⁾

Dies folgt neben Wortlaut und Systematik des Gesetzes vor allem aus Sinn und Zweck der §§ 23 ff., die Entstehung marktbeherrschender Stellungen durch externes Unternehmenswachstum zu verhindern, zumindest zu kontrollieren. ⁷⁾ Ein derartiges Wachstum ist jedoch nur für bereits tätige Unternehmen denkbar. Muß ein Subjekt aber vor dem Zusammenschluß ein Unternehmen gewesen sein, so ergibt sich hieraus zwingend, daß diese Eigenschaft nicht anhand einzelner Maßnahmen, sondern nur mit Hilfe einer generellen Betrachtungsweise ermittelt werden kann. Für § 23 lautet die Fragestellung deshalb nicht, wann ein Subjekt als Unternehmen handelt, sondern ob es ein Unternehmen ist. Damit kann für § 23 nicht mehr von einem streng funktionalen Unternehmensbegriff gesprochen werden. Allerdings besteht kein Anlaß, auf rein institutionelle Merkmale zur Bestimmung des Unternehmensbegriffs abzustellen. ⁸⁾ Eine generelle Betrachtungsweise bestimmter unternehmensqualifizierender Handlungen führt aber stets zu einer generellen Feststellung der Unternehmenseigenschaft eines bestimmten Subjekts. Daß für die Bestimmung des Unternehmensbegriffs auch im Rahmen des § 23 Handlungen auf dem Markt

-
- 6) So Frankf. Kommentar, § 23 Rdnr. 29; genauer wäre es, davon zu sprechen, daß es sich zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses um Unternehmen handeln muß, da es nicht ausreicht, daß die Beteiligten irgendwann vor dem Zusammenschluß Unternehmen waren.
- 7) Vgl. hierzu Frankf. Kommentar, § 23 Rdnr. 16 ff. m.w.N.; KG WuW/E OLG 1534 ff. "Zementmahl-anlage".
(Forts. S. 209)

für Waren oder gewerbliche Leistungen erforderlich sind, ergibt sich daraus, daß als maßgebliche Kriterien Marktanteile, Umsätze und Beschäftigtenzahlen für die Anzeigepflicht aufgezählt werden. Andererseits genügt die Erzielung bestimmter Ressourcen durch die beteiligten Unternehmen insgesamt, so daß es also ausreichend ist, daß diese Kriterien nur von einem der beteiligten Unternehmen erfüllt werden.

4. Potentielle Unternehmen als Träger potentiellen Markteinflusses

Damit ist die Frage aufgeworfen, ob auch für das andere beteiligte Unternehmen aktuelle Tätigkeit auf dem Markt für Waren oder gewerbliche Leistungen erforderlich ist oder bereits bloßes Angelegtsein auf derartige Marktteilnahme ausreicht. Die bisherigen Äußerungen im Schrifttum zu § 23 gehen ebenso wie für §§ 1 ff. davon aus, daß nur der aktive, verstanden als der aktuell tätige Marktteilnehmer als Unternehmen angesehen werden kann. Bloße Firmenmäntel oder eine Anhäufung von Vermögensgegenständen seien unter keinen Umständen als Unternehmen anzusehen, weil sie keinen Markteinfluß besäßen, so daß es durch ihren Erwerb nicht zu einer "Addition

Fn. 8 von S. 208:

So aber aus einem nicht näher begründeten "Grundverständnis" des Unternehmens, Grützner, WuW 1978, S. 196.

von Markteinfluß" kommen könne.⁹⁾ Es fragt sich jedoch, ob nicht der für § 1 entwickelte potentielle Unternehmensbegriff¹⁰⁾ auch für § 23 zu übernehmen ist und hier im Gegensatz zu § 1 eine echte Funktion zu erfüllen hat.

Eine Addition von aktuellem Markteinfluß kann allerdings nur durch Zusammenschluß solcher Subjekte erzielt werden, die jedes für sich einen derartigen aktuellen Markteinfluß besitzen. Eine solche Verstärkung des Markteinflusses wird von § 23 jedoch allein in Abs. 1 1. Altern. verlangt, in allen anderen Fällen genügt es jedenfalls für die Anzeigepflicht, daß nur eines der beteiligten Unternehmen die dort genannten Kriterien erfüllt. Andererseits stellt es sicher keinen Fusionsvorgang dar, wenn ein Unternehmen mit den Merkmalen des § 23 Abs. 1 Ziff. 1 und 2, Vermögen irgendwelcher Art hinzuerwirbt. Nicht der Vermögenserwerb als solcher, sondern der externe Zuwachs an Markteinfluß soll durch die Fusionskontrolle erfaßt werden. Entscheidend ist also, daß das Erwerbsobjekt (oder auch das erwerbende Subjekt) Träger von Markteinfluß ist. Es muß aber ausreichen, wenn dem Erwerbsgegenstand zwar nicht aktueller, aber potentieller Markteinfluß zuzurechnen ist. Ebenso wie bereits potentieller Wettbewerb im Rahmen des § 1 geschützt wird

9) So ausdrücklich Kleinmann/Bechtold, § 22 Rdnr. 5 und § 23 Rdnr. 51; ähnlich im Rahmen der Behandlung des von § 23 Abs. 2 Ziff. 1 erfaßten Vermögens Frankf. Kommentar, § 23 Rdnr. 31.

10) Vgl. hierzu oben S. 86 ff.

und deshalb auch Maßnahmen potentieller Wettbewerber erfaßt werden, ist es für § 23 erforderlich, auch Erwerbs-handlungen zu erfassen, bei denen nur ein potentieller Zuwachs an Markteinfluß zu befürchten ist. Anderenfalls wäre ein solches externes Unternehmenswachstum, das sich erst nach dem Erwerbsvorgang zu entsprechendem Markteinfluß aktualisiert, nicht mehr zu erfassen.

Damit läßt sich das Unternehmen vorläufig bestimmen als Zurechnungsträger aktuellen oder potentiellen Markteinflusses. Aktueller Markteinfluß läßt sich nur durch Marktteilnahme gewinnen, potentieller Markteinfluß kommt dagegen schon solchen Subjekten zu, die auf eine entsprechende Marktteilnahme angelegt sind.

5. Die notwendige Unternehmenseigenschaft von Handelsgesellschaften

Daraus folgt, daß Handelsgesellschaften stets als Unternehmen anzusehen sind, ¹¹⁾ da sie bereits satzungsmäßig immer auf Marktteilnahme - zumindest mittelbar - angelegt sein müssen. Ob eine solche Gesellschaft Aktivitäten entfaltet oder bisher als Marktteilnehmer in Erscheinung getreten ist, kann für die Frage des potentiellen Markteinflusses Indiz, nicht aber zwingende Voraussetzung sein.

11) So ausdrücklich auch Frankf. Kommentar, § 23 Rdnr. 26; dies steht aber im Widerspruch dazu, nur aktive, lebende Gesellschaften als Unternehmen aufzufassen, so aber der gleiche Kommentar, aaO., Rdnr. 31.

Eine GmbH, deren einziges Vermögen etwa ein Patent oder eine Lizenz darstellen und deren Gesellschaftszweck auf die Verwertung dieser Rechte gerichtet ist, muß noch keinerlei Aktivitäten entfaltet haben und kann trotzdem potentiellen Markteinfluß in hohem Maße besitzen. Man denke nur an Neuentwicklungen im Automobilsektor wie dem Wankel-Motor. Der Erwerb einer solchen Gesellschaft kann den Markteinfluß eines Automobilunternehmens - zumindest potentiell - erheblich verstärken. Es spielt deshalb generell keine Rolle, ob Maschinen, Arbeitnehmer, Marktanteile etc. vorhanden sind.

Ein reiner Firmenmantel ohne jedwedes Vermögen wird allerdings auch potentiell kaum Markteinfluß besitzen. Fehlt aber jegliches Vermögen, so wird eine solche Gesellschaft praktisch kaum von anderen Unternehmen erworben werden. Eine Ausnahme könnte allenfalls dann gelten, wenn es dem Erwerber allein auf einen bestimmten Firmenmantel ankäme, etwa um eine bestimmte Geschäftsbezeichnung übernehmen zu können. Die Tatsache des Erwerbs eines solchen Firmenmantels allein ist m.E. aber Indiz genug, einen - wenn im Einzelfall auch sehr geringen - potentiellen Markteinfluß anzunehmen, ebenso, wie dies für eine Kartellvereinbarung mit einem solchen Unternehmen gilt.¹²⁾ Ohne jeden Grund würde es zu einem solchen Erwerbsgeschäft nicht kommen. Beim Erwerb von Anteilen spricht m.E. mindestens eine Vermutung für einen

12) Siehe oben S. 88 f.

Erwerb und damit Zuwachs an potentielltem Markteinfluß, so daß bei entsprechender Unternehmensgröße eine Anzeigepflicht gerechtfertigt erscheint.

Da Handelsgesellschaften stets rechtlich verselbständigt sind, steht ihre Unternehmenseigenschaft somit auch für § 23 fest. Soweit derartige Gesellschaften als Erwerber auftreten, sind sie immer eines der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen. Dies gilt in gleicher Weise für die Gesellschaften, deren Anteile erworben werden, weil ein Anteilserwerb ebenfalls nur an rechtlich verselbständigten Unternehmen möglich ist.

6. Vermögenserwerb als Zusammenschluß zweier Unternehmen

Schwieriger gestaltet sich die Frage beim Vermögenserwerb im Sinne des § 23 Abs. 2 Ziff. 1. Hier werden das Vermögen bzw. der wesentliche Teil des Vermögens eines Unternehmens dem Unternehmen für die Fusionskontrolle gleichgestellt. Damit stellt sich die Frage, ob auch der Erwerbsgegenstand, der Veräußerer oder beide die Unternehmensqualifikation besitzen müssen. Insbesondere der Begriff des wesentlichen Vermögensteils gehört zu den umstrittensten Problemen der Zweiten Kartellnovelle.¹³⁾ Mit dieser Alternative wird dem Wort-

13) Vgl. insbesondere KG WuW/E OLG 1534 "Zementmahanlage"; BGH WuW/E 1377 "Zementmahanlage" (Forts. S. 214)

laut nach nicht nur der Erwerb eines Markteinflußträgers, sondern schon der bloße Erwerb von Vermögensgegenständen fusionsrechtlich erfaßt. Materiell stellt dies allerdings keinen so großen Unterschied zum Anteilserwerb dar, wie allgemein vermutet wird. Ebenso wenig wie ein rechtlich nicht verselbständigtetes Vermögen ist der bloße Kapitalanteil an einer Gesellschaft das Unternehmen im Sinne des GWB. Trotzdem fingiert das Gesetz in beiden Fällen den Vermögens- oder Anteilserwerb als Zusammenschluß zweier Unternehmen. Der Unterschied zwischen Vermögens- und Anteilserwerb besteht lediglich darin, daß der Kapitalanteil einem vom Erwerber rechtlich unabhängigen Rechtsträger zugerechnet werden kann, was beim bloßen Vermögen für die Zeit nach der Fusion nicht mehr möglich ist. Beim Anteilserwerb gilt deshalb der hinter dem Kapitalanteil stehende Rechtsträger als das zweite am Fusionsvorgang beteiligte Unternehmen.

Forts. Fn. 13 von S. 213:

lage"; KG WuW/E OLG 1908 "Kettenstichnähmaschinen"; Ebel, BB 1974, S. 749 ff.; ders., DB 1976, S. 761 ff.; Greuner, GRUR 1976, S. 284 ff.; Kroitzsch, WuW 1977, S. 235 ff.; Kleinmann, BB 1975, S. 244 ff.; Lanzenberger, Auslegungsfragen, S. 75 ff. (81 f.); ders., Schwerpunkte 73/74, S. 29 ff. (36); ders., Schwerpunkte 75/76, S. 52 ff. (59 ff.); Niederleithinger, Schwerpunkte 74/75, S. 73 ff. (79 ff.); Rittner, DB 1975, S. 583 ff.; ders., NJW 1976, S. 546 ff.; Röhling, DB 1973, S. 1585 ff. (1586); Würdinger, WuW 1973, S. 736; Kirchstein, S. 95; Frankf. Kommentar, § 23 Rdnr. 41; Kleinmann/Bechtold, § 23 Rdnr. 41 ff.; Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 23 Rdnr. 7.

a) Die Beteiligung am Zusammenschluß
gemäß § 23 Abs. 2 Ziff. 1

aa) Materielle Gleichrangigkeit von
Anteils- und Vermögenserwerb

Weil ein solches zweites Unternehmen im Sinne eines Rechtsträgers beim Tatbestand des § 23 Abs. 2 Ziff. 1 nur in dem jeweiligen Veräußerer erblickt werden könne, hat der BGH gemeint, für den Vermögenserwerb müsse der Veräußerer als am Zusammenschluß beteiligt angesehen werden.¹⁴⁾ Diese Auffassung erscheint in mehrfacher Hinsicht unrichtig.

Zunächst wird damit eine Differenzierung zwischen Anteils- und Vermögenserwerb vorgenommen, die sachlich nicht gerechtfertigt ist.¹⁵⁾ Beim Anteilserwerb ist unstrittig, daß der Veräußerer nicht am Fusionsvorgang beteiligtes Unternehmen ist. Damit bleiben seine Ressourcen für die Berechnung gemäß § 23 Abs. 1 außer Betracht. Seinen sachlichen Grund findet diese Nichtberücksichtigung des Veräußerers darin, daß er sich mit dem Erwerber eben nicht zusammenschließt, sondern sich im Gegenteil von dem veräußerten Unternehmen trennt. Dies gilt nur dann nicht, wenn der Veräußerer noch Anteile am

14) WuW/E BGH 1377 (1380) "Zementmahlanlage"; im Ansatz ebenso schon Lanzenberger, Auslegungsfragen, S. 86; ders., Schwerpunkte 73/74, S. 37; offenbar im Anschluß daran BKartA, TB 1973, S. 71; zust. Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 23 Rdnr. 41.

15) So schon Kleinmann/Bechtold, § 23 Rdnr. 191. Eine entsprechende Korrektur beabsichtigt jetzt auch der Referentenentwurf für die 4. GWB-Novelle, vgl. hierzu Bechtold, BB 1978, S. 565.

veräußerten Unternehmen behält, so daß beide Unternehmen weiterhin als verbunden im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 2 gelten müßten. Diese Frage hat jedoch eine Sonderregelung in § 23 Abs. 2 Satz 3 erfahren.¹⁶⁾ Da es somit für den Anteilserwerb auf den Veräußerer nicht ankommt, spielt auch seine Qualifikation als Unternehmen für die Frage der Fusionskontrolle keine Rolle. Auch der Anteilserwerb von einem sogenannten Privataktionär wird damit voll von der Fusionskontrolle erfaßt, wie es umgekehrt unerheblich ist, welche Größenordnung das veräußernde Unternehmen besitzt.

Auch im Falle der Vermögensveräußerung bleibt zwischen Veräußerer und dem veräußerten Vermögen keinerlei Verbindung mehr bestehen. Auch hier handelt es sich für den Veräußerer ausschließlich um einen Akt der Dekonzentration.¹⁷⁾ Es ist deshalb nicht einzusehen, warum die Ressourcen des Veräußerers für die Frage der Fusionskontrolle mit einbezogen werden sollen. Im Fall der Zementmahlanlage wäre es ja ein leichtes gewesen, diese vor der Veräußerung rechtlich zu verselbständigen und im Anschluß alle Anteile der Gesellschaft zu veräußern, ohne daß erkennbar gewesen wäre, warum ein solcher Schritt zu einer gänzlich unterschiedlichen Rechtsfolge führen sollte.

16) Vgl. Kleinmann/Bechtold, § 23 Rdnr. 192.

17) So schon Klaue, Unternehmenszusammenschlüsse, S. 53; Frankf. Kommentar, § 23 Rdnr. 83 ff.; Kleinmann/Bechtold, § 23 Rdnr. 190.

bb) Die Ausgestaltung der Zusammenschlußtatbestände als Fiktion

Der BGH stützt seine gegenteilige Auffassung denn auch allein auf das formale Argument, von einem Zusammenschluß könne nur gesprochen werden, "wenn wenigstens zwei Unternehmen an ihm beteiligt sind". Für den allgemeinen Begriff des Zusammenschlusses ist diese Aussage unzutreffend, da es zahlreiche Zusammenschlüsse gibt, an denen kein Unternehmen beteiligt ist. Beschränkt man diese Aussage dagegen auf Zusammenschlüsse von Unternehmen, so enthält sie nur die Tautologie, daß Zusammenschlüsse von Unternehmen nur zwischen Unternehmen, d.h. dann allerdings unter Beteiligung von mindestens zwei Unternehmen möglich sind.

Das schließt aber nicht aus, andere Tatbestände als Zusammenschluß von Unternehmen zu fungieren. Mit einer solchen Fiktion arbeitet das Gesetz jedoch ausdrücklich,¹⁸⁾ und zwar auch außerhalb des Vermögenserwerbs. Selbst mit dem Erwerb von Anteilen erwirbt niemand das Unternehmen, ebenso wenig wie durch Abschluß eines Konzernvertrages, Herstellung der Personengleichheit in den Leitungsgremien oder bei Gewinnabführungsverträgen. Rein sprachlich kann von einem Zusammenschluß nur bei der Verschmelzung gesprochen werden. Alle anderen von § 23 Abs. 2 erfaßten Tatbestände entfalten allein

18) Darauf haben bereits der Frankf. Kommentar, § 23 Rdnr. 85, und Greuner, GRUR 1976, S. 284 ff. (288), hingewiesen.

die gleichen oder zumindest ähnliche Wirkungen, um derentwillen diese Tatbestände der Fusion gleichgestellt werden.

Besonders deutlich wird diese Fiktion etwa beim 25 %igen Anteilserwerb. In diesem Fall ist keineswegs sicher, daß das erwerbende Unternehmen einen derartigen Einfluß auf das durch die Anteile verkörperte Unternehmen gewinnt, so daß ihm die Marktanteile dieses Unternehmens zugerechnet werden können.¹⁹⁾ Das Gesetz geht aber schon bei dieser Anteilsgröße von einer entsprechenden Möglichkeit aus und fingiert deshalb einen Unternehmenszusammenschluß. Der potentielle Zuwachs am Marktanteil, der in dem 25 %igen Anteil an einem Unternehmen verkörpert ist, soll bereits erfaßt werden.

cc) Die Behandlung der "Markteinflußträger" als Unternehmen

In allen Fällen mit Ausnahme der Ziff. 1 besteht für den Erwerbsgegenstand gemäß § 23 Abs. 2 eine Zuordnung zu einem gesonderten Rechtsträger, die den Erwerbstatbestand überdauert. Da das GWB aber durchgehend von einem rechtlichen Zurechnungsträger²⁰⁾ als dem Unterneh-

19) Kritik an der Entscheidung des Gesetzgebers deshalb auch im Frankf. Kommentar, § 23 Rdnr. 21.

20) Vgl. hierzu oben S.35 ff.; speziell für § 23 weisen hierauf Röhling, DB 1973, S. 1585, sowie Rittner, DB 1975, S. 581, 585, und Kroitzsch, WuW 1977, S. 240, hin.

men spricht und die Erwerbsobjekte stets auf Marktteilnahme angelegt sein müssen, ist dieses Erwerbsobjekt immer als das zweite für die Fusion maßgebliche Unternehmen anzusehen.²¹⁾ In den Fällen des § 23 Abs. 2 Ziff. 2 - 5 bleiben auf seiten des erworbenen Unternehmens Rechtsträger und der Träger von Markteinfluß über die Fusion hinaus identisch, so daß es gerechtfertigt ist, diesen Rechtsträger als das zweite am Zusammenschluß beteiligte Unternehmen anzusehen.

Andererseits gewinnt ein Unternehmen nicht deshalb Markteinfluß, weil es einem Rechtsträger zugerechnet werden kann. Entscheidend sind allein die zugrundeliegenden Vermögensgegenstände wie Fabrikationsanlagen, Vertriebsapparat, Know how, Geschäftsbeziehungen etc. Hierin verkörpert sich die eigentliche Marktbedeutung eines Unternehmens. Man könnte also sagen, daß diese Vermögensverbindung das Unternehmen im wirtschaftlichen Sinne ausmacht. Das GWB bezeichnet auch nicht aus derartigen Erwägungen heraus, sondern lediglich aus rechtstechnischen Gründen die jeweiligen rechtlichen Zurechnungsträger als die Unternehmen im Sinne des Gesetzes. Damit der Fusionskontrolle die Verstärkung von Markteinfluß verhindert werden soll, muß das Gesetz dagegen den Erwerb der Mittelerfassen, mit deren Hilfe ein solcher Markteinfluß erworben wird. Allein deshalb, weil diese in den Fällen des § 23 Abs. 2 Ziff. 2 - 5 einem eigenen

21) So Frankf. Kommentar, § 23 Rdnr. 83, 85, 87, sowie ursprünglich Ebel, BB 1974, S. 753; aufgenommen in DB 1976, S. 762.

Rechtsträger zugerechnet bleiben, kann über die Verbindung mit diesem Rechtsträger die Addition von Markteinfluß erfaßt werden.

Anders verhält es sich dagegen beim Tatbestand des § 23 Abs. 2 Ziff. 1. Es wurde schon zu Beginn dieses Abschnitts darauf hingewiesen, daß sich beim Vermögenserwerb eben nicht zwei verschiedene Rechtsträger miteinander verbinden. Zwar muß das erworbene Vermögen zuvor einem Rechtsträger zuzurechnen gewesen sein, da es herrschaftsfreies Vermögen in unserer Rechtsordnung grundsätzlich nicht gibt. Diesen Rechtsträger erwirbt der Käufer jedoch nicht. Er erwirbt auch keinen Einfluß, der die Fiktion einer Verbindung zwischen beiden Rechtsträgern begründen könnte. Mit dem Erwerb des gesamten Vermögens eines Unternehmens erhält der Erwerber aber einen zusätzlichen Markteinflußträger und erzielt damit externes Unternehmenswachstum. Das Gesetz hält hier die Gleichsetzung von Unternehmen und Rechtsträger konsequent durch und erfaßt diese Addition von Markteinfluß dadurch, daß es das Vermögen eines Unternehmens als Unternehmen fingiert. ²²⁾ Damit entsteht eine Verbindung zwischen dem erwerbenden Unternehmen und dem erworbenen Markteinflußträger, der insoweit als Unternehmen angesehen wird. Dieser Markteinflußträger ist also das zweite, am Zusammenschluß beteiligte Unternehmen, dessen Markteinfluß sich mit dem des Erwerbers verbindet, indem die rechtliche Zuordnung des veräußerten Objekts

22) Vgl. hierzu oben Fn. 2.

vom Veräußerer auf den Erwerber übergeht. Dadurch, daß das GWB diesen Markteinflußträger in § 23 Abs. 2 Ziff. 1 dem Unternehmen gleichsetzt, ist auch das gesetzestechnisch notwendige zweite Unternehmen für eine Fusion vorhanden, ²³⁾ so daß es der sachlich unangemessenen Einbeziehung des Veräußerers in den Fusionsstatbestand nicht bedarf.

dd) Der Sonderfall des "privaten"
Veräußerers

Auch aus systematischen Argumenten überzeugt die Einbeziehung des Veräußerers als beteiligtes Unternehmen nicht, da es sonst dessen besonderer Nennung in § 22 Abs. 4 Nr. 2 b nicht bedurft hätte. ²⁴⁾ Lanzenberger, ²⁵⁾ der ebenso wie der BGH von der Prämisse ausgeht, der Veräußerer müsse als beteiligtes Unternehmen angesehen werden, weil es sonst an dem begriffsnotwendigen zweiten Unternehmenfehle, erklärt die gesonderte Nennung des Veräußerers in § 23 Abs. 4 Ziff. 2 b damit, daß auch der Fall erfaßt werden solle, in dem der Veräußerer ein Privatmann sei, § 23 Abs. 4 Ziff. 2 a aber nur von beteiligten Unternehmen spreche.

23) Im Ergebnis ebenso schon Frankf. Kommentar, § 23 Rdnr. 85.

24) So Bechtold, DB 1974, S. 1950; Ebel, DB 1976, S. 762; Kleinmann/Bechtold, § 23 Rdnr. 190; Frankf. Kommentar, § 23 Rdnr. 83; Greuner, GRUR 1976, S. 286.

25) Auslegungsfragen, S. 86 ff.; ders., Schwerpunkte 73/74, S. 37 ff.

Diese Argumentation ist widersprüchlich. Müssen tatsächlich für die Fusionskontrolle zwei Unternehmen beteiligt sein und scheidet der Erwerbsgegenstand hierfür aus, dann fehlt es gerade am angeblich begriffsnotwendigen zweiten Unternehmen in der Person des Veräußerers, wenn dieser "Privatperson" ist. Mit anderen Worten: Der Gesetzgeber hätte eine Person zur Anzeige verpflichtet, obwohl das getätigte Geschäft kein Unternehmenszusammenschluß ist, was angeblich aus logisch zwingenden Gründen nicht sein kann. Fraglich ist allenfalls, ob der Veräußerer eines wesentlichen Vermögensteiles im Sinne des § 23 Abs. 2 Ziff. 1 überhaupt Privatperson sein kann. Hierauf ist später noch näher einzugehen.

b) Vermögen und wesentliche Vermögensteile als Unternehmen

Entscheidend für die Fusionskontrolle ist damit auf die Qualifikation des Erwerbsgegenstandes abzustellen. Bei diesem ersetzt das Gesetz die sonst notwendige rechtliche Verselbständigung zunächst durch eine Fiktion. Damit aber ist die Bedeutung der von § 23 Abs. 2 Ziff. 1 aufgestellten Vermutung nicht erschöpft. ²⁶⁾ Bloßem Vermögen fehlt ja nicht nur die rechtliche Verselbständigung, sondern grundsätzlich auch die Fähigkeit, Träger von Markteinfluß zu sein. Der bloße Vermögenserwerb wird deshalb auch für marktbeherrschende Unternehmen nicht von der Fusionskontrolle erfaßt.

26) So aber Frankf. Kommentar, § 23 Rdnr. 31.

Eine Gleichsetzung von Vermögen und Unternehmen ist allerdings dort gerechtfertigt, wo das gesamte Vermögen eines Unternehmens erworben wird, da sich die Marktbedeutung eines Unternehmens gerade in seinem Vermögen manifestiert. Hier wird wirtschaftlich das Unternehmen einem anderen Rechtsträger zugeordnet und somit mit ihm verbunden.

aa) Die generelle Unmaßgeblichkeit einer quantitativen Betrachtungsweise

Schwieriger gestaltet sich die Abgrenzung zwischen zulässigem Erwerb bloßen Vermögens und den von § 23 Abs. 2 Ziff. 1 erfaßten wesentlichen Teilen des Vermögens eines anderen Unternehmens. Absolute Größenkriterien können für eine Differenzierung keine Rolle spielen. Auch noch so erhebliche Vermögen werden allein durch ihre Größe nicht zum Träger von Markteinfluß, während es umgekehrt Unternehmen mit sehr geringem Vermögen gibt.

Prinzipiell ebenfalls unerheblich ist das Verhältnis des erworbenen Vermögensteils zum Gesamtvermögen des Veräußerers.²⁷⁾ Welchen Anteil der erworbene Ver-

27) Zweifel äußert jetzt anscheinend auch das KG WuW/E OLG 1908 (1909 ff.) "Kettenstichnähmaschinen", das zwar zunächst einen quantitativ erheblichen Vermögensteil unter § 23 Abs. 2 Ziff. 2 subsumiert, bei der Begründung der Notwendigkeit einer auch qualitativen Betrachtungsweise jedoch ausführt, daß (Forts. S. 224)

mögensteil am Gesamtvermögen des Veräußerers darstellt, spielt für den mit dem Vermögen erworbenen Markteinfluß keine Rolle. Bei quantitativ wesentlichen Vermögensanteilen spricht m.E. allenfalls eine gewisse tatsächliche Vermutung dafür, daß in ihm der im Gesamtvermögen enthaltene Markteinfluß seinen wesentlichen Niederschlag gefunden hat.

Dies muß jedoch keineswegs der Fall sein. Veräußert z.B. ein im Zentrum einer Großstadt gelegener Handelsbetrieb seinen Lagerplatz, dessen Grundstückswert 90 % des Unternehmensvermögens ausmacht, so ist vom Sinn und Zweck der Fusionskontrolle her nicht einzusehen, wie so dieser Fall anders behandelt werden sollte, als wenn der Erwerber das gleiche Grundstück von einem Privatmann oder von einem großen Unternehmen erwirbt, bei dem das Grundstück nur 0,5 % seines Vermögens ausmacht. Die Gleichsetzung von Vermögen und Unternehmen ist m.E. nur dann gerechtfertigt, wenn man Vermögensanteile an einem Unternehmen, nicht lediglich Vermögensgegenstände von einem Unternehmen erwirbt. Offensichtlich ist dies beim Erwerb der Produkte eines Unternehmens, die auch zum Vermögen dieses Unternehmens gehören. Es ist denkbar, daß der Lagerbestand eines Unternehmens - etwa im Anschluß an eine Absatzkrise - den größten Teil seines Vermögens ausmacht. Der Er-

Forts. Fn. 27 von S. 223:

eine "nur quantitative Beurteilung noch nichts abschließendes über die Bedeutung des betreffenden Vermögensteils für das Unternehmen als Teilnehmer am Wirtschaftsprozeß aussagt".

werb sämtlicher Produkte eines Unternehmens, z.B. im Verhältnis eines Automobilkonzerns zu einem Zulieferunternehmen, ist nach Sinn und Zweck der §§ 23 ff. kein Fusionstatbestand. Da derartige Fälle aber vom Wortlaut des § 23 Abs. 2 Ziff. 1 erfaßt werden, wenn man das Größenverhältnis von Vermögensteil zum Gesamtvermögen des Veräußerers für maßgeblich hält, könnten sie nur im Wege teleologischer Reduktion aus dem Anwendungsbereich dieser Norm ausgeklammert werden.

Richtiger erscheint es deshalb, den Begriff der Wesentlichkeit überhaupt nicht quantitativ, sondern ausschließlich qualitativ zu definieren. Dieser Schritt wird bereits vollzogen, wenn es sich bei dem erworbenen Vermögen um einen quantitativ unwesentlichen Teil des Vermögens des Veräußerers handelt.²⁸⁾ Da es nach Sinn und Zweck der §§ 23 ff. auf die Eigenschaften und Merkmale des Veräußerers aber nieankommt, ist auch nicht einzusehen, warum eine solche qualitative Betrachtungsweise nur bei quantitativ unwesentlichen Vermögensteilen durchgreifen soll. Entscheidend ist allein, welcher Markteinfluß, sei er aktuell oder potentiell, mit dem erworbenen Vermögen verbunden ist. Fehlt es hieran, liegt ein isolierter

28) Vgl. hierzu die Entsch. des KG WuW/E OLG 1534 "Zementmahanlage", und WuW/E OLG 1908 "Kettenstichnähmaschinen", sowie die bestätigende Entsch. des BGH WuW/E 1377 "Zementmahanlage"; zur Kritik dieser Entsch. vgl. statt aller Kleinmann/Bechtold, § 23 Rdnr. 41 ff.; und Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 23 Rdnr. 7, jeweils mit umfangr. Nachweisen.

Vermögenserwerb vor, bei dem es unerheblich ist, wer als Veräußerer auftritt. Umgekehrt muß aber das gleiche gelten, wenn nur dem erworbenen Vermögen ein solcher Markteinfluß zukommt. Bei dem Gesamtvermögen eines Unternehmens, also eines auf Marktteilnahme angelegten Subjekts, ist dies zumindest potentiell immer der Fall und gerade hierin liegt die Berechtigung einer fusionsrechtlichen Gleichsetzung von Gesamtvermögen und Unternehmen. Deshalb kommt auch als wesentlicher Teil nur eine Vermögensansammlung in Betracht, die für sich betrachtet zumindest potentiellen Markteinfluß besitzt, d. h. bei rechtlicher Verselbständigung als Unternehmen anzusehen wäre. Mit Ausnahme der rechtlichen Selbständigkeit muß das erworbene Vermögen also seinerseits als Unternehmen zu qualifizieren sein. 29)

bb) Anlage oder Eignung zur Marktteilnahme als Kennzeichen potentieller Unternehmen

Hierfür reicht allerdings die potentielle Unternehmenseigenschaft aus. Ebensowenig wie es beim Anteilserwerb darauf ankommt, ob das erworbene Unternehmen aktiv am Wirtschaftsverkehr teilnimmt, spielt es für die als Unter-

29) So auch Frankf. Kommentar, § 23 Rdnr. 31, der allerdings von einem erheblich engeren Unternehmensbegriff ausgeht.

nehmen fingierten Vermögensteile eine Rolle, ob sie bisher zu Zwecken der Marktteilnahme eingesetzt wurden. Dies macht allerdings eine Erweiterung des Unternehmensbegriffs erforderlich. Während bei Handelsgesellschaften das Angelegtsein auf Marktteilnahme die Unternehmenseigenschaft begründete, muß für Vermögensteile die bloße Eignung hierfür genügen. Zwei Beispiele sollen dies verdeutlichen:

Erwirbt etwa ein marktbeherrschender Weinproduzent das gesamte Vermögen eines Winzers, bestehend aus Weinberg und Kellereianlagen, so unterliegt dieser Vorgang zweifelsfrei dem § 23 Abs. 2 Ziff. 1. Die Unternehmenseigenschaft des Winzers ließe sich hier auch mit aktueller Marktteilnahme begründen. Hat dieser seine Winzerei jedoch bereits stillgelegt, so fehlt ihm von diesem Zeitpunkt an sogar die bloße Absicht späterer Marktteilnahme. Ist aber der Weinberg noch intakt, so bleibt dieser potentieller Träger von Markteinfluß, nicht weil er auf die Marktteilnahme angelegt, sondern weil er hierzu geeignet ist.

Noch deutlicher wird dies etwa, wenn das gleiche Objekt von einer Klosterbruderschaft erworben wird, die schon bisher den dort produzierten Wein ausschließlich selbst verbraucht hat und an seiner Veräußerung außerdem durch Ordensregeln gehindert ist. Für die möglichen Marktwirkungen bleibt es völlig unerheblich, von wem ein solcher Weinberg erworben wird. Eine solche Winzereianlage ist zweifelsfrei nicht auf Marktteilnahme angelegt. Solange sie sich also im Eigentum der Klosterbruderschaft

befindet, könnte man sogar die objektive Eignung zum Markteinfluß verneinen. Auch hier muß jedoch das erworbene Vermögen isoliert, also ohne Berücksichtigung der Verhältnisse des Veräußerers betrachtet werden.

Ähnlich gelagert wäre etwa der Fall, in dem ein gewerblicher Vermieter von Bootsständen, der auf einem bestimmten regionalen Markt marktbeherrschend ist, einen weiteren Yachthafen dazu erwirbt. Hier kann es keinen Unterschied machen, ob der Veräußerer seinerseits gewerblicher Vermieter war oder es sich hierbei um einen Verein handelt, der die Bootsstände ausschließlich und ohne gesondertes Entgelt seinen Mitgliedern zur Verfügung stellt und die Vermietung an Dritte darüber hinaus satzungsmäßig verboten ist. Will man in diesem Beispielfall auf die Unternehmenseigenschaft des Veräußerers abstellen, so könnte man den Vorgang fusionsrechtlich überhaupt nicht erfassen, jedenfalls nicht unter Zugrundelegung des vom BGH offensichtlich verwandten Unternehmensbegriffs. Der Yachthafen selbst soll als Unternehmensauslogischen Gründen ausscheiden, der Verein dagegen ist nicht Teilnehmer am Geschäftsverkehr, noch nicht einmal potentiell. Die Unternehmenseigenschaft des Vereins ließe sich allenfalls über den Yachthafen begründen, der selbst potentiell ein Unternehmen ist und als dessen Rechtsträger der Verein damit ebenfalls als Unternehmen angesehen werden könnte. Liefert der Verein jedoch nur den notwendigen Rechtsträger, der erst durch sein Vermögen als Unternehmen angesehen werden kann, so erweist es sich erneut als richtig, auf das Unternehmensvermögen selbst für die Bestimmung des zweiten an der Fusion beteiligten Unternehmens abzustellen.

Schwierigkeiten ergeben sich damit nur noch für die jeweilige Feststellung, wann einer Vermögensansammlung zumindest die potentielle Eignung zur Marktbeeinflussung durch Marktteilnahme zukommt. Eine zum Fusionszeitpunkt aktuelle Teilnahme am Wirtschaftsverkehr ist jedenfalls nicht erforderlich. Auch ohne Arbeitnehmer und aktuelle Geschäftsbeziehungen kann ein Objekt mehr sein als eine Ansammlung von Vermögensgegenständen.³⁰⁾ Der stillgelegte Weinberg, der unvermietete Yachthafen sind qualitativ mehr als ein Grundstück im Rheinland oder an der See. Dies gilt in gleicher Weise für ein Hotel, das nur zur Sommer- oder Wintersaison öffnet, und zwar selbst dann, wenn es für ein ganzes Jahr geschlossen war. In allen diesen Fällen handelt es sich um mehr als einen "toten Vermögensgegenstand".³¹⁾

Es ist schon in anderem Zusammenhang darauf hingewiesen worden, daß es auch auf vergangene Marktteilnahme nicht ankommen kann.³²⁾ Ein neu angelegtes Hotel, ein entsprechender Yachthafen oder ein frisch erstellter Weinberg besitzen die Fähigkeit zur Marktteilnahme ganz unabhängig von bisheriger Teilnahme am Geschäftsverkehr.

30) A.A. offenbar Frankf. Kommentar, § 23 Rdnr. 31; Kleinmann/Bechtold, § 23 Rdnr. 39, die eine vorherige unternehmerische Nutzung des Vermögensobjekts verlangen.

31) Diesen Ausdruck verwendet der Frankf. Kommentar, § 23 Rdnr. 31, zur Unterscheidung von "lebendigen" Unternehmen.

32) Vgl. oben S. 71.

Andererseits kann jede auch nur theoretisch denkbare Verwertung eines Objekts zur Marktteilnahme nicht ausreichen. Ein Grundstück, das sich lediglich zum Ausbau als Yachthafen oder zur Errichtung eines Weinbergs eignet, ist auch potentiell nicht als Unternehmen zu betrachten. Dagegen muß der bloße Verfall entsprechender Anlagen diese potentielle Eignung noch nicht aufheben. Sind etwa die Rebstöcke abgestorben, sämtliche Anlagen eines Weinbergs aber noch intakt, so wäre der Erwerb einer solchen Anlage m. E. ein Fusionsvorgang. Entscheidend muß sein, daß beim Erwerbsobjekt zum Zeitpunkt des Erwerbsvorgangs die mögliche Eignung zum Einsatz im Geschäftsverkehr aus sich selbst heraus noch erkennbar ist. Ist dies der Fall, so wird mit einem solchen Objekt potentieller Markteinfluß erworben, was zur Anwendung des § 23 Abs. 2 Ziff. 1 führen muß. Wo die Grenze im Einzelfall verläuft, kann stets nur unter Berücksichtigung aller Umstände dieses Falles selbst geklärt werden und ist deshalb hier nicht weiter zu erörtern.

c) Zwischenergebnis

Damit läßt sich als Zwischenergebnis festhalten, daß als Unternehmen im Sinne der §§ 23 ff. diejenigen Subjekte anzusehen sind, die auf Marktteilnahme angelegt oder aufgrund ihres Vermögens hierzu zumindest potentiell geeignet sind. Für die erworbenen Unternehmen wird lediglich die Notwendigkeit rechtlicher Verselbständigung durch die Fiktion des § 23 Abs. 2 Ziff. 1 ersetzt. Vermögen und

wesentlicher Teil des Vermögens im Sinne dieser Vorschrift sind also nur solche Objekte, die bei rechtlicher Verselbständigung als Unternehmen in diesem Sinne anzusehen wären.

7. Anteilseigner als Unternehmen

Offen ist damit noch die Frage nach der Qualifikation der Anteilseigner von Unternehmen. Wenn bisher die Zurechnungsträger genereller Marktteilnahme als Unternehmen angesehen wurden, so handelte es sich stets um Subjekte, die unmittelbar am Markt auftraten oder denen potentielle Markthandlungen unmittelbar zuzurechnen wären. Bei rechtlich verselbständigten Gesellschaften ist unmittelbarer Zurechnungsträger stets diese Gesellschaft und damit auch Unternehmen im Sinne des GWB. Fraglich ist jedoch, ob ggf. auch der bloße Anteilseigner einer solchen Gesellschaft seinerseits als Unternehmen qualifiziert werden kann.³³⁾ Bedeutsam ist dies zunächst deshalb, weil § 23 nur den Erwerb durch ein Unternehmen als Fusionstatbestand definiert. Erfasst werden kann ein Anteilserwerb also nur, wenn der Erwerber selbst als Unternehmen zu qualifizieren ist. Darüber hinaus wird diese Frage bei

33) Vgl. hierzu allgemein Ebel, BB 1974, S. 752 ff.; Frankf. Kommentar, § 23 Rdnr. 27 ff.; Kleinmann/Bechtold, § 23 Rdnr. 177 ff.; Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 23 Rdnr. 37; Würdinger, WuW 1973, S. 733.

der Verbundklausel des § 23 Abs. 1 Satz 2 relevant, da auch die dort geregelte Verbindung nur zwischen Unternehmen bestehen kann.

Soweit es um den reinen Fusionstatbestand geht, kann sich die Frage nach der Unternehmenseigenschaft eines Anteilseigners nur für den Erwerber stellen, da jedenfalls für den Anteilserwerb unbestritten ist, daß der Veräußerer nicht an der Fusion beteiligt ist und es damit auf seine Qualifikation nicht ankommt. Handelt es sich beim Erwerber um eine Handelsgesellschaft, so steht deren Unternehmenseigenschaft ohnehin fest, so daß es eines Rückgriffs auf die dieser Gesellschaft gehörenden Anteile an anderen Unternehmen zur Begründung ihrer Unternehmenseigenschaft nicht bedarf. Auch für natürliche Personen stellt sich kein Problem, wenn es sich bei ihnen um Kaufleute handelt. Fraglich ist also allein die Unternehmenseigenschaft einer natürlichen Person, die ohne ihre Kapitalbeteiligung nicht als Unternehmen anzusehen wäre.

a) Die mittelbare Marktbeeinflussung

Schon diese Fragestellung macht deutlich, daß sich die Unternehmenseigenschaft eines Anteilseigners nur mittelbar über das Unternehmen ergeben kann, an dem dieser beteiligt ist. Bei dieser Gesellschaft kommt es entscheidend darauf an, daß sie aktueller oder potentieller Markteinflußträger ist, was bei Handelsgesellschaften stets an-

genommen wurde. Aus den gleichen Erwägungen ist es für den Anteilseigner erforderlich, aber auch ausreichend, daß ihm der in der Gesellschaft verkörperte Markteinfluß mittelbar zugerechnet werden kann. Als Unternehmen ist ein Anteilseigner also dann anzusehen, wenn er nur mittelbar Markteinfluß ausübt oder hierzu potentiell in der Lage ist. Der Sache nach liegt in diesen Fällen nur ein Markteinflußträger vor, der lediglich rechtlich zwei Subjekten, nämlich der Gesellschaft unmittelbar und ihrem Anteilseigner mittelbar zugerechnet wird. Es handelt sich also nur formalrechtlich um zwei Unternehmen, von denen eines dem anderen den Markteinfluß vermittelt. Eine solche künstliche Konstruktion ist die notwendige Folge davon, daß das Gesellschaftsrecht die Schaffung juristischer Personen als Rechtssträger von Marktteilnahme-handlungen zuläßt und das GWB ausschließlich diese Zurechnungsträger als Unternehmen ansieht. Materiell geht es dem GWB aber nicht um die Verbindung zweier Rechtsträger, sondern um den Zusammenschluß von Markteinfluß.

Dort, wo dieser Markteinfluß mit einer doppelten Rechtsträgerschaft versehen ist, muß das Gesetz zwangsläufig beide Rechtsträger als Unternehmen erfassen. Es kann keinen Unterschied machen, ob der Einzelhandelskaufmann X Anteile an der Z-AG erwirbt, ob das von X zuvor rechtlich in die Y-GmbH umgewandelte Handelsgeschäft als Käufer auftritt oder ob in diesem Falle der Alleingesellschafter X die Anteile an der Z-AG persönlich erwirbt. Rechtstechnisch kann das GWB den letzten Fall allerdings nur als Fusion zwischen X und der Z-AG erfassen. Der

Sache nach wird auch hier - wirtschaftlich sogar ausschließlich - eine Verbindung zwischen der Y-GmbH und der Z-AG hergestellt. Materiell wird also eine Fusion zweier Unternehmen durch einen Dritten vollzogen. Nur deshalb, weil das Gesetz den Erwerber zwingend als beteiligtes Unternehmen voraussetzt, ist es erforderlich, den Erwerber selbst als Unternehmen zu qualifizieren.

aa) Zusammenschluß durch Gewinn
von Herrschaftsmacht

Damit ist zugleich das maßgebliche Kriterium dafür aufgezeigt, wann ein Anteilseigner selbst als Unternehmen zu qualifizieren ist und ihm die Markthandlungen sowie der damit verbundene Markteinfluß der unmittelbar am Markt teilnehmenden Gesellschaft mittelbar zuzurechnen sind. Dies ist immer dann der Fall, wenn es zwischen dem Unternehmen, an dem die erwerbende natürliche Person beteiligt ist und dem erworbenen Unternehmen zu einem Zusammenschluß kommt. Von einem Zusammenschluß beider Unternehmen in der Hand des Anteilseigners kann aber nur gesprochen werden, wenn dieser auf die Marktentscheidungen beider Unternehmen Einfluß nimmt oder nehmen kann.

Wann das der Fall ist, läßt sich nicht generell feststellen. Hinsichtlich des erworbenen Unternehmens aber nennt § 23 Abs. 2 selbst Tatbestände, unter denen das Gesetz eine solche mögliche Einflußnahme auf ein Unternehmen

annimmt. Insbesondere der Auffangtatbestand des § 23 Abs. 2 Ziff. 5 weist aus, daß es allein auf die für den Erwerber entstehende potentielle Einflußmöglichkeit auf ein anderes Unternehmen ankommt. Dann aber ist kein Grund ersichtlich, diese Benerrschungsmöglichkeit nicht auch für das Verhältnis des Anteilseigners zum Unternehmen, dessen Anteile er hält, als ein maßgebliches Kriterium für die Unternehmenseigenschaft des Anteilseigners aufzufassen. Daraus folgt, daß eine natürliche Person jedenfalls dann Unternehmen im Sinne des § 23 ist, wenn sie einen beherrschenden Einfluß auf ein Unternehmen ausüben kann.

bb) Gesellschaftereinfluß ohne Beherrschungsmöglichkeit

Fraglich ist nur, ob nicht auch qualitativ geringere Einflußmöglichkeiten als die Beherrschung für die Unternehmenseigenschaft eines Anteilseigners ausreichen. Ein Indiz hierfür könnte § 23 Abs. 2 Ziff. 2 a sein, der einem Erwerber bereits bei 25 %igem Anteilserwerb das hinter diesen Anteilen stehende Unternehmen zurechnet. Das Gesetz erwartet also bereits von einer 25 %igen Beteiligung eine derartige Einflußmöglichkeit, daß von einem Zusammenschluß des gesamten Unternehmens mit dem Erwerber gesprochen werden kann. Andererseits muß mit einer 25 %igen Beteiligung nicht unbedingt die Möglichkeit verbunden sein, auf diese Gesellschaft maßgeblichen Einfluß auszuüben. Eher ließe sich die umgekehrte Vermutung aufstellen. Hier zeigt sich erneut, daß § 23 Abs. 2 eben

nicht nur echte Zusammenschlußstatbestände aufzählt, sondern bestimmte Erwerbstatbestände lediglich als Zusammenschluß fingiert. Diese bloße Fiktion ist aber nicht mehr geeignet, die Unternehmenseigenschaft eines Anteilseigners zu begründen. Das bedeutet allerdings nicht, daß einem 25 %igem Anteilseigner die Unternehmenseigenschaft stets abzusprechen ist. Unter Umständen kann selbst eine geringere Anteilsgröße Herrschaftsmacht verleihen, ohne daß weitere Herrschaftsmittel hinzutreten, etwa bei ansonsten stark gestreutem Aktienbesitz. Festzuhalten ist lediglich, daß eine 25 %ige Beteiligung allein nicht die Unternehmenseigenschaft des Anteilseigners begründen kann.

Etwas anderes gilt dagegen für Mehrheitsbeteiligungen, die allerdings auf das stimmberechtigte Kapital bezogen sein müssen. In diesem Falle besteht für die Mehrheitsgesellschafter immer die Möglichkeit, Herrschaftsmacht auszuüben. Ein Mehrheitsgesellschafter ist also stets Unternehmen im Sinne des § 23.³⁴⁾ Dieses Ergebnis ordnet das Gesetz in § 23 Abs. 2 Nr. 2 Satz 4 auch ausdrücklich an.

34) Das ist im Ergebnis für das GWB unstreitig, wird aber ausschließlich mit Hilfe des § 23 Abs. 2 Ziff. 2 Satz 4 begründet, vgl. etwa Frankf. Kommentar, § 23 Rdnr. 29; Kleinmann/Bechtold, § 23 Rdnr. 177 ff.; Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 23 Rdnr. 38.

b) Die Bedeutung der "Flick -Klausel"

Man könnte deshalb einwenden, einer solchen Regelung hätte es nicht bedurft, wenn jeder Mehrheitsgesellschafter ohnehin Unternehmen im Sinne des GWB wäre. Verstärkt wird dieses Argument dadurch, daß die sogenannte "Flick - Klausel" von Mehrheitsgesellschaftern spricht, die nicht Unternehmen sind, was nach dem hier vertretenen Unternehmensbegriff ein Widerspruch in sich wäre. Hinzu kommt, daß das Gesetz zur Bestimmung eines Mehrheitsgesellschafters als Unternehmen eine Fiktion verwendet.

aa) Die Klarstellungsfunktion

Materialien und Zweck dieser Vorschrift machen jedoch deutlich, daß diesem systematischen Gesichtspunkt kein entscheidender Stellenwert zukommen kann. Mit der "Flick - Klausel" war auch mittelbar keine Definition des Unternehmensbegriffs beabsichtigt.³⁵⁾ Es sollte lediglich klargestellt werden, daß auch der Anteilserwerb durch Mehrheitsgesellschafter erfaßt wird, die "nicht bereits aufgrund anderweitiger Vorschriften zweifelsfrei Unternehmen sind".³⁶⁾ Es ging also allein darum, Zweifel auszuräumen, die ohne diese Regelung hätten bestehen können.

35) Vgl. Röhling, DB 1973, S. 1586.

36) So die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. VI/2250 S. 27; auf diese Klarstellungsfunktion weist auch Emmerich, Zweite Böhm-Festschrift, S. 123, hin.

Der Hinweis auf "anderweitige Vorschriften" ist allerdings mißverständlich, da die Vorschriften anderer Gesetze für den Unternehmensbegriff des GWB ohnehin unmaßgeblich sind, Normen des GWB die Unternehmenseigenschaft aber nicht definieren. Gezielt ist diese Bemerkung wohl auf den aktienrechtlichen Streit, ob "private Mehrheitsaktionäre" Unternehmen im Sinne des Aktienrechts sind.³⁷⁾ Lediglich die Übernahme dieser Diskussion für das GWB sollte abgeschnitten werden. Die eindeutige Entscheidung des GWB zugunstender Unternehmenseigenschaft eines Mehrheitsaktionärs ist sachlich auch gerechtfertigt. Im Aktienrecht mag man zweifeln, ob bei einer reinen Finanzanlage konzernrechtlich regelungsbedürftige Konflikte zwischen Mehrheitsaktionär einerseits und Minderheitsaktionären oder Gesellschaftsgläubigern andererseits entstehen können. Konzernrechtlich wird dieser Tatbestand dann erfaßt, wenn der Mehrheitsaktionär mit der Ausübung von Leitungsmacht beginnt.³⁸⁾ Die Fusionskontrolle des GWB kann aber nur beim Erwerbsvorgang selbst eingreifen und muß es deshalb unabhängig von den tatsächlichen Verhältnissen zum Zeitpunkt des Erwerbs ausreichen lassen, wenn der Erwerber die bloße Möglichkeit zu einer solchen Einflußnahme erhält.

37) Vgl. hierzu statt aller Zöllner, ZGR 1976, S. 13 ff.; Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar zum AktG, § 15 Rdnr. 12, jeweils m.w.N.

38) So jedenfalls bei funktionalem Verständnis des aktienrechtlichen Unternehmensbegriffs, vgl. hierzu Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 15 Rdnr. 5 ff. (12 ff.).

bb) Das Verhältnis zur Verbundklausel
des § 23 Abs. 1 Satz 2

Wenn die Regierungsbegründung also von den möglichen Zweifeln an der Unternehmenseigenschaft des Erwerbers spricht, bezieht sich dieses einerseits auf das Aktienrecht. Ein näheres Zusehen ergibt jedoch, daß der Sache nach nicht nur "andere Vorschriften", sondern auch "andere Umstände" gemeint sein müssen. Anders nämlich macht der letzte Halbsatz ("so gilt sie insoweit als Unternehmen") keinen Sinn.

Vielfach wird das Wort "insoweit" allerdings dahingehend interpretiert, daß es den Mehrheitsgesellschaftern für den Erwerbsvorgang als Unternehmer bezeichnen soll, aber nicht darüber hinaus.³⁹⁾ Hierfür hätte es jedoch einer gesonderten Einfügung des Wortes "insoweit" nicht bedurft, da allein die Ausgestaltung als Fiktion klarstellt, daß sie sich nur auf den Fusionsvorgang bezieht. Regelungsbedürftig war dagegen die Frage, in welchem Umfange für die Fusionskontrolle selbst der Mehrheitsgesellschafter als Unternehmen angesehen werden soll. Nicht umsonst hat sich sogleich nach Inkrafttreten dieser Vorschrift eine Kontroverse an der Frage entzündet, ob auch für einen Mehrheitsgesellschafter im Sinne der "Flick -Klausel" die Verbundklausel des § 23 Abs. 1 Satz 2 anwendbar ist oder nicht.⁴⁰⁾

39) So etwa Kleinmann/Bechtold, § 23 Rdnr. 182; Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 23 Rdnr. 38; a.A. Lanzenberger, Schwerpunkte 73/74, S. 32, der dem Wort "insoweit" praktisch jede Bedeutung abspricht; zust. Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 23 Rdnr. 39; Emmerich, Zweite Böhm-Festschrift, S. 123 f.

40) Vgl. die in Fn. 39 Genannten.

Angeblich soll diese Frage gesetzlich nicht geregelt sein.⁴¹⁾ Für die Zurechnung der Marktanteile des im Mehrheitsbesitz des Gesellschafters stehenden Unternehmens besteht ohnehin keine Notwendigkeit, auf die Verbundklausel zurückzugreifen. Hier ergibt sich die Zurechnung bereits aus dem Unternehmensbegriff, der den Mehrheitsgesellschafter als mittelbaren Zurechnungsträger des in der Gesellschaft verkörperten Markteinflusses erfaßt. Es geht also nur noch um die Zurechnung von Marktanteilen der Gesellschaften, an denen der Mehrheitsgesellschafter anderweitig beteiligt ist.

Bei der hier vorgenommenen Interpretation der "Flick - Klausel" ergibt sich eine Lösung dieses Problems bereits durch das Wort "insoweit". Ein Mehrheitsgesellschafter, der nicht schon aufgrund anderer Umstände als seiner Mehrheitsbeteiligung Unternehmen ist, wird damit auch für die Errechnung der Marktanteile, Umsatzerlöse etc. nur im Umfang dieses Unternehmens als Unternehmen angesehen. Ob ihm daneben noch andere Unternehmensbeteiligungen zustehen, spielt keine Rolle, solange er nicht durch Beherrschung auch dieser Gesellschaften ebenfalls als Unternehmen anzusehen ist. Dann aber gilt die "Flick - Klausel" ohnehin nicht, sondern unmittelbar die Verbundklausel des § 23 Abs. 1 Satz 2, da ein solcher Aktionär auch ohne die Fiktion des § 23 Abs. 2 Nr. 2 Satz 4 Unternehmen ist. Beschränkt sich ein Aktionär aber auf die reine Finanzanlage und besitzt er außerhalb der Mehrheitsbeteiligung keine potentielle Herrschaftsmacht über andere Unternehmen, so ist es auch sachlich gerechtfertigt, für die

41) So Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 23 Rdnr. 39 m.w.N.

Ressourcenermittlung nur die Unternehmen zuzurechnen, an denen er eine Mehrheitsbeteiligung hält. Damit enthält § 23 Abs. 2 Nr. 2 Satz 4 nicht nur die Klärstellung der Unternehmenseigenschaft des Erwerbers, sondern vor allem eine Regelung für Mehrheitsgesellschafter über den Umfang der zurechenbaren Ressourcen.

Allerdings erübrigt sich nach dem hier vertretenen Unternehmensbegriff auch diese Klarstellung weitgehend, da bei Abhängigkeit dritter Unternehmen der Mehrheitsgesellschafter auch hinsichtlich dieser Unternehmen bereits als Unternehmen anzusehen ist, ohne eine solche Abhängigkeit die Verbundklausel aber nur noch im Falle des Gleichordnungskonzerns eingreifen kann. Hierfür behält die "Flick - Klausel" dagegen eigenständige Bedeutung. ⁴²⁾

Kommt der "Flick -Klausel" in ihrer jetzigen Fassung weitgehend nur Klarstellungsfunktion zu, ist auch die Frage

42) Der Referentenentwurf des Bundesministers für Wirtschaft vom 10. 1. 1978 - Az.: I D 5/I B 6 - 22 13 57/58 - sieht folgende Änderung der "Flick - Klausel" vor: "Steht einer Person oder Personenvereinigung, die nicht Unternehmen ist, die Mehrheitsbeteiligung an einem Unternehmen zu, so gilt sie als Unternehmen". Damit wird die jetzt vorhandene Einschränkung auf Fälle des Anteilserwerbs sowie die eingeschränkte Zuordnung der Ressourcen verbundener Unternehmen aufgegeben. Mir erscheint letzteres solange widersprüchlich, als die "Flick - Klausel" nach wie vor die Mehrheitsbeteiligung voraussetzt.

obsolet, ob sie andere Erwerbstatbestände als den Anteils-
erwerb eines Mehrheitsgesellschafters ebenfalls erfaßt. ⁴³⁾

Da der Mehrheitsgesellschafter selbst stets Unternehmen
ist, unterliegen auch sie der Fusionskontrolle, ohne daß
es einer analogen Anwendung der "Flick -Klausel" auf die-
se Fälle bedarf.

Darüber hinaus behält die "Flick -Klausel" allerdings ihre
Funktion als Mittel der Beweiserleichterung für die Kartell-
behörden. Stützt das Kartellamt oder ein mit der Über-
prüfung befaßtes Gericht seine Begründung hinsichtlich der
Unternehmenseigenschaft ausschließlich auf § 23 Abs. 2
Ziff. 2 Satz 4, so kann es den Erwerber - sei er Privat-
mann oder öffentliche Hand ⁴⁴⁾ - auch nur insoweit als
Unternehmen behandeln, wie diese Fiktion reicht. Soll der
Erwerber dagegen generell, also auch für die Verbund-
klausel als Unternehmen betrachtet werden, so läßt sich
dieses Ergebnis mit der "Flick -Klausel" nicht mehr be-
gründen.

43) Bejahend Emmerich, Zweite Böhm-Festschrift, S.
123; zust. Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 23
Rdnr. 38; a. A. Frankf. Kommentar, § 23 Rdnr. 29;
Kleinmann/Bechtold, § 23 Rdnr. 181.

44) Gerade um im Bereich der öffentlichen Hand Schwie-
rigkeiten aus dem Wege zu gehen, hat das BKartA
hier die "Flick -Klausel" mehrfach angewandt, vgl.
WuW/E BKartA 1457 ff. "VEBA-Gelsenberg"; TB
1974, S. 35, sowie den Fall "Iranischer Staat/Deut-
sche Babcock & Wilcox AG", DB 1975, S. 1449;
hier muß sich das Kartellamt m. E. wie im Aktien-
recht zur Bejahung der Unternehmenseigenschaft der
öffentlichen Hand durchringen oder sich bei der
Ressourcenberechnung auf die in Mehrheitsbeteili-
gung des Bundes stehenden Unternehmen beschränken.

cc) Analogieschluß für Minderheits-
gesellschafter

Im Gegensatz zu den anderen Erwerbstatbeständen ist eine Analogie m.E. aber dann möglich und notwendig, in denen ein ansonsten nicht als Unternehmen zu qualifizierender Minderheitsgesellschafter eine Mehrheitsbeteiligung an einem anderen Unternehmen erwirbt. Hier wird die gleiche Wirkung erzielt wie im umgekehrten Fall, den die "Flick -Klausel" unmittelbar erfaßt. Allerdings kommt es dadurch noch nicht zu einer Verbindung beider Gesellschaften, da der Anteilseigner auf die Gesellschaft, an der er nur eine Minderheitsbeteiligung hält, keinen leitenden Einfluß ausüben kann. Dies muß aber auch beim Anteils-erwerb eines Mehrheitsgesellschafters nicht der Fall sein. Die Anwendung der Fusionskontrolle folgt jedoch aus der von § 23 Abs. 2 Ziff. 2a aufgestellten Zusammenschluß-fiktion beim Erwerb von 25 % der Anteile eines Unterneh-mens. Das gleiche Ergebnis muß auch gelten, wenn ein Privataktionär gleichzeitig zwei Unternehmen miteinander durch Anteilserwerb verbindet. Da es materiell ohnehin nur um den Zusammenschluß dieser Unternehmen geht, kann es dann ausnahmsweise nicht darauf ankommen, wie der Erwerber selbst vor dem Zusammenschluß zu quali-fizieren war. 45)

45) Im Ergebnis ebenso Lanzenberger, Schwerpunkte 73/74, S. 32 ff.; zust. Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 23 Rdnr. 38; a.A. Kleinmann/Bechtold, § 23 Rdnr. 180.

8. Der Unternehmensbegriff der Verbundklausel

Der hier für den Fusionsvorgang entwickelte Unternehmensbegriff läßt sich problemlos auf die Verbundklausel übertragen. Besteht für den Anteilseigner gegenüber mehreren Unternehmen aktuelle oder potentielle Lenkungsmacht, so ist auch eine Zusammenfassung der Ressourcen aller Unternehmen gerechtfertigt, auf die der Anteilseigner - sei er Handelsgesellschaft oder natürliche Person - einen solchen Einfluß ausüben kann. Für das Kartellrecht kommt es materiell allein darauf an, daß Unternehmen miteinander verbunden sind oder werden. Wer diesen Zusammenschluß vollzieht, ist für die Marktwirkungen prinzipiell unerheblich. Da das GWB aber aus rechtstechnischen Gründen für alle Beteiligten am Zusammenschluß die Unternehmenseigenschaft voraussetzt, erfordert es der Gesetzeszweck, auch diejenigen Rechtsträger, die eine Unternehmensverbindung zwischen Dritten herstellen, ihrerseits als Unternehmen anzusehen. Die Übernahme des aktienrechtlichen Unternehmensbegriffs kommt deshalb auch für die Verbundklausel nicht in Betracht.⁴⁶⁾ Es wäre ohnehin eigenartig, wenn das GWB gerade hier den Unternehmensbegriff eines anderen Gesetzes übernehmen sollte. Entscheidend ist jedoch, daß die Regelungen des Aktien- und Kartellrechts über Unternehmensverbindungen ganz unterschiedliche Ziele verfolgen, nämlich Gläubiger- und Minderheitenschutz einerseits, Wettbewerbsschutz

46) A.A. Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 23 Rdnr. 29.

andererseits, was die Verwendung eines einheitlichen Unternehmensbegriffs ausschließt.

Darüber hinaus macht der Wortlaut des Gesetzes deutlich, daß der Unternehmensbegriff für die Verbundklausel kartellrechtlich zu bestimmen ist. § 23 Abs. 1 Satz 2 spricht ausdrücklich von den beteiligten, d.h. den am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen. Dies können aber nur Unternehmen im Sinne des Kartellrechts sein. Die Verweisung auf die Verbindungstatbestände der §§ 17, 18 AktG ist deshalb nur so zu verstehen, daß ein Verbund im Sinne dieser Vorschriften gegeben sein muß, um zu einer Ressourcenzusammenrechnung zu kommen.

a) Ergebnis

Damit läßt sich abschließend das Unternehmen im Sinne der §§ 23 ff. wie folgt definieren: Unternehmen im Sinne der §§ 23 ff. GWB ist jedes Subjekt, das unmittelbar oder mittelbar auf generelle Marktteilnahme angelegt oder hierzu geeignet ist. Wesentliche Vermögensteile werden von § 23 Abs. 2 Ziff. 2 als Unternehmen fingiert, wenn sie bei rechtlicher Verselbständigung als Unternehmen in diesem Sinne betrachtet werden könnten.

V. Die öffentliche Hand

Besondere Aufmerksamkeit ist seit jeher der Frage entgegengebracht worden, ob und inwieweit das GWB auch auf Maßnahmen der öffentlichen Hand ¹⁾ Anwendung finden kann. ²⁾ Dieses Problem hat im Gesetz selbst keine

- 1) Unter öffentlicher Hand wird hier die Gesamtheit aller juristischen Personen des öffentlichen Rechts verstanden; so Bettermann, Hirsch-Festschrift, S. 1 ff.; Scholz, ZHR 132 (1969), S. 97; Grupp, ZHR 140 (1976), S. 368.
- 2) Vgl. hierzu aus der äußerst umfangreichen und kaum noch überschaubaren Literatur:
Badura, Verwaltungsmonopol, S. 33 ff.; Bettermann, DVBl. 1977, S. 180 ff.; Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 253 ff.; ders., Wettbewerbsrecht, S. 36; ders., ZHR 139 (1975), S. 476 (478 ff.); ders., Zweite Böhm-Festschrift, S. 119 (121 ff.); ders., AG 1976, S. 225 (228 ff.) und öfter; Forsthoff, Der Staat als Auftraggeber, 1963, S. 27 ff.; Gandenberger, S. 37 ff., 65 ff.; Grupp, ZHR 140 (1976), S. 367 ff.; H. Klein, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, 1968; v. Köhler, DVBl. 1961, S. 605 ff.; ders., DBVl. 1964, S. 214 (216 ff.); Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 98 Rdnr. 1 ff.; Lukes, Öffentliche Wege, S. 60 ff.; Mees, Verdingungsordnungen, S. 22 ff.; ders., WuW 1961, S. 541 (542 ff.); Mestmäcker, NJW 1969, S. 1 ff.; Müller-Henneberg, NJW 1971, S. 113 ff.; ders., GK, § 1 Rdnr. 11, § 98 Rdnr. 1 ff.; Niederleithinger, S. 17 ff.; Reimann, WRP 1962, S. 151 ff.; Püttner, Energieversorgung, S. S. 171 ff.; ders., Die öffentlichen Unternehmen, 1969; ders., DöV 1976, S. 635 ff. und öfter; Rittner, DB 1957, S. 1092 ff.; I. Schmidt, BB 1963, S. 1104 ff.; U. Schmidt-Huth, BB 1964, S. 1106 ff.; Schmude, S. 148 ff.; Schimmelpfeng, NJW 1977, S. 1093; R. Scholz, Öffentliche Einrichtungen, S. 149 ff.; ders., ZHR 132 (1969), S. 97 ff.; ders., NJW 1974, S. 781 ff.; ders., NJW 1978, S. 16 ff.; (Forts. S. 247)

ausdrückliche Regelung erfahren, da § 98 die Anwendbarkeit des GWB ausdrücklich nur für solche Unternehmen anordnet, die ganz oder zum Teil im Eigentum der öffentlichen Hand stehen. Immerhin steht damit fest, daß die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand zumindest dann erfaßt werden sollte, wenn der Staat sich hierzu rechtlich verselbständigter Unternehmen bedient. Von § 98 nicht geregelt sind dagegen die Fälle, in denen die öffentliche Hand selbst unmittelbarer Zurechnungsträger bestimmter Verhaltensweisen ist. Diese Frage muß deshalb anhand allgemeiner Überlegungen entschieden werden.³⁾

Forts. Fn. 2 von S. 246:

ders., Gebietsreform, S. 94 ff. und öfter; Schricker, Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand und unlauterer Wettbewerb, 1964; Schwarz, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand im Kartellrecht, 1969; ders., BB 1973, S. 1283 ff.; Stern/Püttner, Gemeindewirtschaft, S. 95 ff.; Welter, Der Staat als Kunde, 1960, S. 44 f.; Wenger, Die öffentliche Unternehmung, 1969 (vorwiegend allerdings zum österreichischen Recht).

Aus der Rechtspr. vgl. BGH WuW/E 442 "Gummi-strümpfe"; 1361 "Krankenhauszusatzversicherung"; 1469 (GS) "Autoanalyzer"; 1474 "Architektenkammer" sowie KG WuW/E OLG 1687 "Laboruntersuchungen".

- 3) Hierfür spricht auch die erstrebenswerte Harmonisierung mit dem UWG, das eine dem § 98 GWB vergleichbare Vorschrift nicht kennt, vgl. hierzu Scholz, ZHR 132 (1969), S. 124.

Erste Voraussetzung für die Anwendbarkeit des GWB auf Maßnahmen der öffentlichen Hand ist, daß die öffentlichen Rechtsträger insoweit als Unternehmen anzusehen sind. Auf diese Frage sollen sich die nachstehenden Ausführungen beschränken, da eine umfassende Behandlung des gesamten Problembereichs den Rahmen dieser Arbeit sprengen müßte.

1. Privatrechtliche Handlungen öffentlicher Rechtsträger

Unproblematisch ist zunächst, daß die öffentliche Hand bei privatrechtlichen Handlungen nicht allein wegen ihrer öffentlich-rechtlichen Rechtsform vom GWB freigestellt wird.⁴⁾ Begibt sich der Staat auf die Ebene des Privatrechts, so ist er wie jedes andere Privatrechtssubjekt an die Vorschriften des GWB gebunden.

Streitig ist dies allerdings im Bereich des sogenannten Verwaltungs-Privatrechts, in dem der Staat sich zur Erreichung öffentlicher Zwecke privatrechtlicher Gestaltungsmittel bedient.⁵⁾ Auch in diesem Zusammenhang besteht jedoch kein Anlaß, allein wegen derartiger Zweck-

4) St. Rspr. und völlig h.M., vgl. die in Fn. 2 Genannten; a.A. nur v. Köhler, DVBl. 1964, S. 219.

5) Für die prinzipielle Unanwendbarkeit des GWB bei Verfolgung öffentlicher Zwecke etwa v. Köhler, DVBl. 1964, S. 217 ff.; Schmidt/Huth, BB 1964, S. 1106 (1107 ff.), und besonders Schwarz, S. 98 ff.; Schmude, S. 154 ff.

setzung die Anwendung des GWB von vornherein auszuschließen. Es hat sich bereits zu Beginn des 3. Teils dieser Arbeit gezeigt, daß es auf die Intentionen eines Handlungsträgers für den Unternehmensbegriff wegen der Drittschutzfunktion des Gesetzes niemals ankommen kann.⁶⁾ Schon deshalb ist es nicht einzusehen, warum bei öffentlichen Zwecksetzungen - wenn sie sich überhaupt klar fixieren lassen⁷⁾ - etwas anderes gelten soll.⁸⁾

Dies gilt erst recht, wenn man nicht nur die Marktteilnahmehandlungen selbst, sondern schon die vorbereitenden wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen als unternehmensqualifizierend ansieht. Das schließt die Berechtigung der öffentlichen Hand, Wettbewerbsbeschränkungen ggf. mit Mitteln des Privatrechts vorzunehmen, nicht aus, wenn sie dies aus übergeordneten Gesichtspunkten für erforderlich hält. Solche Maßnahmen bedürfen zu ihrer Zulässigkeit aber einer gesonderten Ausnahmeregelung, die das GWB selbst nicht enthält. Es gibt auch keine "öffentliche rule of reason" in dem Sinne, daß Maßnahmen, die von öffentlichen Zwecken bestimmt sind, per se dem Anwendungsbereich des GWB und damit den Zwängen des Wettbewerbs entzogen wären.⁹⁾

6) Siehe oben S. 126.

7) Starke Zweifel etwa bei Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 261 ff.; ders., AG 1976, S. 228 ff.

8) Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 289 ff.; Niederleithinger, S. 41 ff.

9) So zutreffend Emmerich, AG 1976, S. 228 ff.

2. Öffentlich-rechtliche Leistungsbeziehungen

Während die Erfassung aller Privatrechtshandlungen der öffentlichen Hand durch das GWB schon länger überwiegender Auffassung entspricht, wurden zumindest bis vor kurzem nach ganz h.M. alle Maßnahmen innerhalb öffentlich-rechtlicher Leistungsbeziehungen aus dem Anwendungsbereich des GWB ausgeklammert.¹⁰⁾ Insoweit soll es angeblich schon an der für den Unternehmensbegriff notwendigen Teilnahme am marktwirtschaftlichen Leistungsaustausch fehlen. Die jüngste Rechtsprechung des BGH¹¹⁾ hat dieser Auffassung jedenfalls für die Praxis die Grundlage entzogen und damit eine bis dahin bestehende wettbewerbsrechtliche Lücke geschlossen. Dem ist im Ergebnis vollständig und in der Begründung weitgehend zuzustimmen, so daß sich die nachstehenden Erörterungen kurz fassen können.

Der BGH bestätigt zunächst, daß die öffentliche Rechtsträgerschaft für die Beurteilung wettbewerbsrechtlich relevanter Verhaltensweisen keine Rolle spielen kann.

10) Vgl. statt aller Schwarz, S. 18 mit umfangr. Nachweisen.

11) Insbesondere die Entsch. des GS WuW/E BGH 1469 "Autoanalyzer" sowie BGH WuW/E 1474 "Architektenkammer" mit zust. Anm. von Scholz, NJW 1978, S. 16; kritisch dagegen Bettermann, DVBl. 1977, S. 180 ff.; Menger, Verw.Arch. 68 (1977), S. 293 ff.; Schimmelpfeng, NJW 1977, S. 1093 ff.; die sich jedoch im wesentlichen mit der hier nicht weiter zu erörternden Rechtswegfrage auseinandersetzen; insoweit ebenfalls ablehnend Püttner, DöV 1976, S. 635 ff., der der materiell-rechtlichen Entsch. des GS zustimmt.

Dieses Ergebnis ist die Konsequenz des funktionalen Unternehmensbegriffs, für den es allein auf die Qualifikation einer bestimmten Handlung, nicht aber auf die generelle Einordnung des Handlungsträgers ankommt.

Ebensowenig verlieren Handlungen allein durch ihre öffentlich-rechtliche Einordnung ihre wettbewerbsrechtliche Relevanz.¹²⁾ Das Gesetz selbst stellt dies durch die Ausnahmeregelungen für Bundespost, Bundesbahn, Bundesbank, Kreditanstalt für Wiederaufbau sowie die Branntweinmonopolverwaltung klar, die öffentlich-rechtliche Verhaltensweisen ausdrücklich vom Gesetz freistellen. Bei einer generellen Ausklammerung öffentlich-rechtlicher Maßnahmen hätte es dieser Ausnahmeregelungen nicht bedurft.¹³⁾ Gerade die jüngste Entscheidungspraxis hat deutlich gemacht, daß Wettbewerbsbeschränkungen auch bzw. gerade in öffentlich-rechtlichem Gewande erfolgen können und damit den Beweis dafür erbracht, daß mit der Zuordnung zum privaten oder öffentlichen Recht für oder gegen die Möglichkeit eines Wettbewerbsverhältnisses nichts gesagt ist. Es mag dahinstehen, ob das GWB als "allgemeines" oder "neutrales" Recht zu definieren ist, das teilweise dem öffentlichen und teilweise dem privaten Recht zugeordnet werden kann.¹⁴⁾ Wesentlich ist in diesem Zusammenhang nur, daß aus einer

12) Vgl. hierzu oben S. 248 Fn. 4.

13) Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 285.

14) So Scholz, ZHR 132 (1969), S. 122 ff.; ders., NJW 1978, S. 17 und öfter.

Einordnung in die Kategorien des Privatrechts oder des öffentlichen Rechts wegen einer Beteiligung öffentlicher Rechtsträger nichts für die Anwendbarkeit des GWB abzuleiten ist.

Z.B. verlieren Kartellvereinbarungen privater Versicherer ihre wettbewerbsrechtliche Erheblichkeit nicht dadurch, daß an ihnen auch öffentlich-rechtliche Versicherungsträger beteiligt sind. Das gleiche gilt für Verhaltenskonzertierungen privater Schwimmbäder, Bibliotheken, Galerien etc. unter Einschluß öffentlich-rechtlich organisierter Institute.¹⁵⁾ Für die Lieferanten, Benutzer oder Konkurrenten solcher Einrichtungen spielt es keine Rolle, ob derartige Vereinbarungen zu Lasten Dritter zwischen Privaten unter Einschluß öffentlicher Rechtsträger oder ausschließlich unter letzteren getroffen werden und ob dieser Vertrag als zivilrechtlich oder öffentlich-rechtlich zu qualifizieren ist.

Dies gilt m.E. gänzlich unabhängig davon, ob überhaupt private Wettbewerber betroffen sind. Es ist durchaus denkbar, daß ausschließlich zwischen öffentlichen Rechtsträgern, etwa den Gemeinden, Wettbewerb besteht. Die bekannten Bemühungen finanzschwacher Städte um An-

15) Es überzeugt deshalb nicht, wenn Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 98 Rdnr. 4, derartige Institute wegen "grundsätzlicher" Unterscheidung von entsprechenden privatwirtschaftlichen Unternehmen aus dem Unternehmensbegriff ausklammern.

siedlung von Gewerbebetrieben reichen über die Einräumung von Steuerpräferenzen bis hin zur Vereinbarung von Wettbewerbsschutzklauseln. ¹⁶⁾ Ähnliches gilt für das Konkurrenzverhältnis zwischen großen Städten auf dem Kongreß- und Messewesen. Es kann kein Zweifel daran bestehen, daß entsprechende Absprachen zwischen Gemeinden auf diesen Sektoren wettbewerbsbeschränkend wirken müßten. Hier zeigt sich m.E. ein weiterer Vorteil des unmittelbaren Rückschlusses von derartigen wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen auf die Unternehmensqualifikationen der Handelnden, da das Wettbewerbsrecht gerade um dieser Maßnahmen willen und nicht wegen teilweise geradezu krampfhaft gesuchter sonstiger Markthandlungen eines Hoheitsträgers oder seiner Mitglieder eingreifen muß.

3. Zur Trennung von Leistungsbeziehung und Wettbewerbsverhältnis

Hieraus folgt, daß auch hoheitliche Handlungen dem GWB unterfallen müssen, ¹⁷⁾ wenn sie einen der Tatbestände dieses Gesetzes erfüllen, und zwar unabhängig davon, ob sich der handelnde Hoheitsträger in einem rechtlichen oder faktischen Gleichordnungsverhältnis zu den Betroffenen seiner Maßnahmen befindet. ¹⁸⁾ Das Gesetz selbst

16) Emmerich, AG 1976, S. 231.

17) So jetzt ausdrücklich der BGH in den in Fn. 11 genannten Entscheidungen.

18) Hierauf aber stellt der GS WuW/E BGH 1469 (1473) m.w.N. ab; grundlegend insoweit Scholz, ZHR 132 (1969), S. 107 ff.; ebenso Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 285 ff.

erfaßt in § 24 a Abs. 1 Satz 2 2. Halbs. Maßnahmen, die aufgrund eines Landesgesetzes durchgeführt werden sollen. Wird aber sogar ein Landesgesetzgeber der kartellbehördlichen Kontrolle unterworfen, so verliert das Argument, das GWB dürfe grundsätzlich nicht zur Kontrolle von Verwaltungshandeln herangezogen werden, jede Grundlage. Daß Fusionen durch Bundesgesetze "schwerlich am GWB gemessen werden können" ¹⁹⁾, liegt nicht am Unternehmensbegriff, sondern allein daran, daß derartige Bundesgesetze als Spezialgesetze den allgemeinen Fusionsvorschriften des GWB vorgehen müßten.

Die Unerheblichkeit faktischer oder rechtlicher Gleichordnungsverhältnisse läßt sich an den beiden Entscheidungen "Autoanalyzer" bzw. "Architektenkammer" verdeutlichen. In diesen Fällen bestand zwischen Ärzten bzw. Architektenkammer und ihren Mitgliedern ein hoheitliches Verhältnis der Über- und Unterordnung, was gegenüber den privaten Analyseunternehmen rechtlich fehlte. Auch faktisch ²⁰⁾ ist aber durchaus zweifelhaft, ob zwischen Ärztekammer und den Analyseunternehmen ein solches Gleichordnungsverhältnis bestand. Ein Konkurrenzverhältnis zwischen den Kammern und diesen Unternehmen läßt sich jedenfalls nicht feststellen. Die Anwendung des Kartellrechts ist demzufolge nicht damit zu begründen, daß zwischen den Parteien des zugrundeliegenden

19) So Emmerich, Zweite Böhm-Festschrift, S. 122 FN 7.

20) Zur Trennung von rechtlichem und tatsächlichem Gleichordnungsverhältnis vgl. Scholz, NJW 1978, S. 17.

Zivilrechtsstreits ein Wettbewerbsverhältnis bestand. Dies kann allenfalls hinsichtlich der Laborfachärzte als Mitglieder der Ärztekammer unterstellt werden. Damit läßt sich aber nicht erklären, warum die Ärztekammer selbst als Unternehmen oder Vereinigung von Unternehmen gehandelt haben soll, solange hierfür nicht auf die wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweise abgestellt wird.

Die mangelnde Bedeutung eines solchen Wettbewerbsverhältnisses läßt sich auch an den "Krankenhauszusatzversicherungs"-Entscheidungen verdeutlichen.²¹⁾ Eine gleichgelagerte Exklusivvereinbarung zwischen Ärztekammern oder Kassenärztlichen Vereinigungen einerseits und privaten Krankenversicherern oder öffentlich-rechtlichen Krankenkassen andererseits hätte m. E. ebenfalls einer kartellrechtlichen Kontrolle unterzogen werden müssen. Hier würde ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den einzelnen Ärzten und den Kassen fehlen, trotzdem aber eine Wettbewerbsbeschränkung zu Lasten der ausgeschlossenen Privatkassen erzielt werden.

Im Fall der Niedersächsischen Architektenkammer fehlt es ebenfalls an einem Wettbewerbsverhältnis sowohl der Kammer als auch der ihr angeschlossenen Architekten zu Dritten. Für den Rechtsweg spielt dies keine Rolle, da der zweifelsfrei öffentlich-rechtliche Streit zwischen Architektenkammer und Landeskartellbehörde kraft Sonderzuweisung vor den Zivilgerichten auszutragen ist.

21) Vgl. hierzu BGH WuW/E 1361 "Krankenhauszusatzversicherung".

Es fehlt aber ein wettbewerbsrechtliches Gleichordnungsverhältnis, das die Kontrolle hoheitlicher Maßnahmen durch das GWB angeblich erst ermöglichen soll. Betroffen wurde durch die Maßnahme der Architektenkammer zunächst die Entscheidungsfreiheit der Architekten selbst, denen gegenüber die Kammer aber gerade hoheitlich auftrat, sowie die Wahlmöglichkeiten der Auftraggeber der Architekten, zu denen jedoch keinerlei Wettbewerbsverhältnis bestand. Der BGH hat hier auf die sonst verwandte Argumentation eines notwendigen wettbewerbsrechtlichen Gleichordnungsverhältnisses auch nicht mehr zurückgegriffen. Dieses Beispiel zeigt, daß es ganz allgemein auf die Qualifikation des Handelnden als Wettbewerber nicht ankommen kann. Ebensowenig wie im UWG ist es erforderlich, daß ein Subjekt als Wettbewerber oder überhaupt als Anbieter oder Nachfrager auftritt. Es genügt die Beschränkung des Wettbewerbs zu Lasten Dritter, die den Handelnden wirtschaftlich tätig werden lassen und damit zum Unternehmen machen.

4. Die Gesetzeskonkurrenz als Lösungsansatz

Damit muß für alle Maßnahmen der öffentlichen Hand grundsätzlich die Anwendbarkeit des GWB bejaht werden. Jedenfalls dann, wenn hierbei ein Tatbestand des GWB erfüllt wird, handelt auch die öffentliche Hand insoweit als Unternehmen. Ob auch in solchen Fällen das GWB ausnahmsweise zurückzutreten hat, kann sich nur aus anderen Gesetzen ergeben, die dem GWB kraft Spezialität vorgehen.

Eben deshalb wird im Bereich hoheitlichen Handelns das GWB häufig nicht anwendbar sein, weil hierzu stets eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage erforderlich ist. Ein solcher Vorrang anderer Gesetze kann aber nur so weit reichen, wie die Ermächtigungsnorm selbst. Dies ist ausschließlich eine Frage der Auslegung der jeweiligen Ermächtigungsnorm.

Ist ein solches Verhalten durch ein Spezialgesetz gedeckt, so spielt es auch keine Rolle mehr, ob hierdurch zugleich der wirtschaftliche Freiheitsspielraum Dritter beschränkt wird, selbst dann nicht, wenn diese Beschränkung vorrangig beabsichtigt gewesen sein sollte. Folgerichtig hat der BGH aus der Auslegung der §§ 122, 182 RVO auf die kartellrechtliche Irrelevanz der kontrollierten Rundschreiben der Ärztekammer geschlossen, soweit diese Rundschreiben von den genannten Vorschriften gedeckt waren, in dem hiervon nicht erfaßten Bereich der Privatpatienten dagegen das GWB für anwendbar erklärt. ²²⁾

Die Bemerkung des BGH, in den von §§ 122, 182 RVO erfaßten Fällen fehle es für die §§ 25 Abs. 2, 26 Abs. 1 an der Rechtswidrigkeit, zeigt, daß das Gericht den Tatbestand dieser Vorschriften für erfüllt hält. Das setzt voraus, die Rundschreiben auch dann, wenn sie sich innerhalb des von den §§ 122, 182 RVO gezogenen Rahmens bewegen, als unternehmerisch anzusehen. Mit dieser Entscheidung wird aber die frühere Qualifizierung des

22) BGH NJW 1977, S. 1103.

Verhältnisses der Ärztekammer bzw. der ihnen angeschlossenen Laborfachärzte zu den Analyseunternehmen als einem solchen der Gleichordnung mehr als zweifelhaft. Bei der jetzt vorgenommenen Auslegung der §§ 122, 182 RVO war die Ärztekammer zu entsprechenden Hinweisen an ihre Mitglieder nicht nur befugt, sondern ggf. auch verpflichtet. Eine solche Verpflichtung muß aber Ausstrahlungswirkungen auf das Verhältnis zu den betroffenen Dritten haben.²³⁾ Auch die Erteilung einer Baugenehmigung oder das Einschreiten gegen ruhestörenden Lärm einer Gaststätte stellt nicht nur zwischen der Behörde und dem Empfänger eines entsprechenden Bescheides ein hoheitliches Handeln dar. Vielmehr befindet sich in gleicher Weise der in den Drittschutz einbezogene Nachbar gegenüber der Aufsichtsbehörde in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis, soweit er aus einer entsprechenden Norm Rechte herleiten kann oder Duldungspflichten tragen muß.

Die gleichen Erwägungen müßten auch für die §§ 122, 182 RVO gelten, wenn man sie als Schutzgesetze zugunsten der "zugelassenen" Laborunternehmen ansehen würde. Diese hätten möglicherweise sogar einen eigenen Rechtsanspruch auf hoheitliches Einschreiten der Ärztekammer besessen. Ohne eine solche rechtliche Verpflichtung der Ärztekammer und einen entsprechenden Anspruch Dritter besteht dagegen keinerlei Rechtsbe-

23) Zweifel an der Trennung von Leistungsbeziehungen und Wettbewerbsbeziehungen schon bei Menger, Verw.Arch. 68 (1977), S. 296.

ziehung zwischen Hoheitsträger und Drittbetroffenem. Mit rechtlicher oder tatsächlicher Gleichordnung oder gar Wettbewerb hat dies m.E. alles nichts zu tun.

Damit bleibt als Ergebnis festzuhalten, daß das GWB auf die öffentliche Hand uneingeschränkt anzuwenden ist, wenn und soweit gesetzliche Ermächtigungsnormen nicht etwas anderes ergeben. Die Frage nach der Anwendbarkeit des GWB auf die öffentliche Hand ist deshalb in keinem Falle eine solche des Unternehmensbegriffs, sondern ausschließlich eine der Gesetzeskonkurrenz. Für den Unternehmensbegriff ergeben sich keinerlei Besonderheiten. Ob bloße Regiebetriebe als Unternehmen angesehen werden können, richtet sich allein danach, ob sie derart rechtlich verselbständigt sind, daß ihnen Maßnahmen auch rechtlich selbst zugerechnet werden können.²⁴⁾ Anderenfalls verbleibt als rechtlicher Zurechnungsträger nur der betreibende Rechtsträger, der dann auch kartellrechtlich für alle Handlungen seiner Regiebetriebe verantwortlich ist.

5. Die öffentliche Hand in der Fusionskontrolle

Auch im Rahmen der §§ 23 ff. ergeben sich für die öffentliche Hand keine Besonderheiten. Körperschaften öffentlichen Rechts sind stets Unternehmen, wenn sie die allge-

24) Vgl. Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 98 Rdnr. 2; Müller-Henneberg, GK, § 98 Rdnr. 9

gemeinen Voraussetzungen dieses Begriffs erfüllen.²⁵⁾ Damit sind der Bund und sämtliche Länder bereits deswegen Unternehmen, weil sie zumindest eine Mehrheitsbeteiligung an anderen Unternehmen halten.²⁶⁾ Alle Länder besitzen z.B. die Mehrheitsbeteiligung an den Landesbanken.

Auch kommunale Gebietskörperschaften sind jedenfalls dann Unternehmen, wenn sie - sei es über Eigenbetriebe oder rechtlich verselbständigte Gesellschaften - auf Marktteilnahme angelegt sind. Hierfür kann es, wie auch sonst,²⁷⁾ keine Rolle spielen, in welchem Größenverhältnis derartige wirtschaftliche Tätigkeiten zu den sonstigen Aufgaben des jeweiligen Rechtsträgers stehen.²⁸⁾ Für den in einem Eigenbetrieb verkörpert Markteinfluß ist es ohne Bedeutung, welches Gewicht ihm für die betreibende Körperschaft zukommt. Es kann beispielsweise keinem Zweifel unterliegen, daß der Erwerb eines in Form eines Eigenbetriebes geführten Elektrizitätswerkes oder einer Stadtreinigung durch ein Privatunternehmen der Fusionskontrolle unterfällt. Dann aber ist nicht einzusehen, wieso der umgekehrte Fall nicht erfaßt werden sollte. Für die

-
- 25) So auch Emmerich, Zweite Böhm-Festschrift, S. 122 ff.; ders., AG 1976, S. 230 ff.; Frankf. Kommentar, § 23 Rdnr. 30; a.A. Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 23 Rdnr. 36; Kleinmann/Bechtold, § 23 Rdnr. 183, sowie Würdinger, WuW 1973, S. 731 ff., die die öffentliche Hand im Bereich hoheitlicher Tätigkeit generell nicht als Unternehmen ansehen.
- 26) Die Praxis des BKartA kommt hier mit Hilfe der "Flick -Klausel" zum gleichen Ergebnis, Nachweise bei Kleinmann/Bechtold, § 23 Rdnr. 184.
- 27) Siehe hierzu oben S. 223 ff.
- 28) A.A., allerdings ohne nähere Begründung, Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 23 Rdnr. 36.

jeweiligen Marktverhältnisse macht es auch keinen Unterschied, ob ein derartiger Erwerb kraft privatrechtlichen Vertrages oder aber zwischen zwei öffentlichen Rechtsträgern durch öffentlich-rechtlichen Vertrag vorgenommen wird, etwa die Verbindung zweier kommunaler Energieversorgungsbetriebe durch Vereinbarung der betreibenden Gemeinden.

Schließlich bleiben die Marktwirkungen selbst dann die gleichen, wenn derartige Energiebetriebe durch Zusammenschluß der Gemeinden selbst im Rahmen einer Gebietsreform verbunden werden. Auch hinsichtlich solcher hoheitlichen Maßnahmen stellt § 24 a Abs. 1 Satz 2 2. Halbs. das Eingreifen der Fusionskontrolle ausdrücklich fest. Schwierig ist in derartigen Fällen allerdings die Feststellung der maßgeblichen Ressourcen der beteiligten Körperschaften. Soweit eine solche Körperschaft die Unternehmenseigenschaft nur aufgrund der Lenkung selbständiger Unternehmen besitzt, erscheint es sachgemäß, nur auf die Ressourcen dieses Unternehmens abzustellen. Auch bei Leitung rechtlich unselbständiger Eigenbetriebe dürfte eine solche Beschränkung auf "reine Wirtschaftsumsätze" angemessen sein.²⁹⁾ Dieser Fragenkomplex bedarf hier jedoch keiner weiteren Vertiefung, da er dem Unternehmensbegriff des GWB jedenfalls nicht mehr zuzurechnen ist.

29) Kleinmann/Bechtold, § 23 Rdnr. 186.

Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

Allgemeine Überlegungen wie die Untersuchung der wesentlichen Einzelfälle haben die Eingangsthese bestätigt, daß dem Unternehmensbegriff innerhalb des GWB - vom Sonderfall der §§ 23 ff. abgesehen - keine eigenständige Abgrenzungsfunktion zukommt. Dieses Ergebnis beruht auf den folgenden drei Grundüberlegungen:

1. Die Übernahme des Unternehmensbegriffs aus anderen Gesetzen oder den Wirtschaftswissenschaften kommt für das GWB nicht in Betracht. Auch aus einem allgemeinen Rechtsbegriff Unternehmen läßt sich für das GWB nichts herleiten.
2. Dem GWB liegt ein funktionales, d.h. handlungsbezogenes Verständnis des Unternehmensbegriffs zugrunde. Die maßgebliche Fragestellung lautet also nicht, wer oder was ein Unternehmen ist, sondern wann ein Subjekt als Unternehmen handelt.
3. Die dominierende Rolle für die Auslegung des Unternehmensbegriffs kommt dem Gesetzeszweck zu. Bei seiner Bestimmung gebührt der freiheits- und drittschutzsichernden Funktion der Vorrang vor wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten.

Hieraus folgt für die Bestimmung der unternehmensqualifizierenden Handlungen, daß eigene Marktteilnahme zur Begründung der Unternehmenseigenschaft nicht erforderlich ist. Es genügen vielmehr bloße Marktbezugshandlungen. Da Gegenstand aller materiellen Vorschriften des GWB derartige Marktbezugshandlungen sind, kann aus der jeweiligen Tatbestandsverwirklichung unmittelbar auf die Unternehmenseigenschaft des Handelnden zurückgeschlossen wer-

den. Ebenso wie für die Normadressaten erweist sich für die Betroffenen kartellrechtlich relevanter Verhaltensweisen allein diese Behandlung als ausreichend, um ihre Unternehmenseigenschaft zu begründen.

Der Wortlaut als Grenze möglicher Auslegung steht der Einbeziehung eines jeden Zurechnungsträgers kartellrechtserheblicher Handlungen oder Behandlungen nicht entgegen. Auch die Gesetzesmaterialien enthalten keinen Hinweis auf eine notwendige Abgrenzungsfunktion des Unternehmensbegriffs. Die starke Betonung des Gesetzeszwecks für die Begriffsbestimmung zeigt vielmehr, daß auch der Gesetzgeber die vollständige Erfassung wettbewerbsbeschränkender Maßnahmen durch den Unternehmensbegriff nicht einschränken wollte.

Neben der durch die jüngste Rechtsprechung für die Praxis geklärten Erfassung der öffentlichen Hand und der freien Berufe kommen damit auch Arbeitnehmer sowie private Haushalte als Normadressaten wie Schutzobjekte des GWB in Betracht. Insbesondere die mögliche Einbeziehung der Verbraucher in den Unternehmensbegriff beseitigt die letzte Barriere gegen einen unmittelbaren Verbraucherschutz des GWB.

Ein abweichender Unternehmensbegriff gilt im Abschnitt über die Fusionskontrolle. Die erforderliche Addition von Markteinfluß setzt für die beteiligten Unternehmen zumindest die Bestimmung oder die Eignung zur Marktteilnahme und damit eine generelle Betrachtungsweise voraus.

Diese Voraussetzungen lassen sich auch für die Bestimmung des wesentlichen Vermögensteils im Sinne des § 23 Abs. 2 Ziff. 1 übertragen.

Da dem Unternehmensbegriff außerhalb der §§ 23 ff. somit keine Abgrenzungsfunktion mehr zukommt, ist der Gesetzgeber aufzufordern, diesen Begriff im Zuge der nächsten Novellierung aus dem GWB zu entfernen.

Lebenslauf

Am 29. August 1947 wurde ich als Sohn des damaligen Gerichtsreferendars Gerhard Langer und seiner Ehefrau Dora, geb. Gedan, in Holzminden geboren.

Nach dem Umzug an den Stadtrand Hannovers besuchte ich dort von 1953 bis 1957 die Grundschule, anschließend das Gymnasium in Großburgwedel.

Nach dem Abitur im Herbst 1966 leistete ich einen zweijährigen Wehrdienst bei der Bundeswehr in Braunschweig.

Vom Wintersemester 1968/69 an studierte ich Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin. Vor dem dortigen Justizprüfungsamt legte ich im Januar 1973 die erste, im September 1975 die zweite juristische Staatsprüfung ab.

Seit Oktober 1975 bin ich Wissenschaftlicher Assistent an der Freien Universität Berlin.

PAPYRUS DRUCK GMBH

Naumannstraße 79

Haus 29

1000 Berlin 62

Tel. 782 50 23